目　录

国家所有权的基本理论和立法结构探讨……1
论自然资源国家所有权的法律创设……22
自然资源国家所有权公权说再论……40
宪法上的“国家所有权”：一场美丽的误会……67
大陆法系民法之土地所有权 ——对所有权概念的观念史考察……91
论自然资源国家所有权的宪法规制功能……108
宪法意义上的国家所有权……129
论宪法上“国家所有”的规范含义……141
城市土地“国家所有”的困惑与消解 ——重新解读宪法第 10 条……167
城市土地国家所有的实际效果与规范意义……188
“征地悖论”成立吗—— 八二宪法城市土地国有条款再解释……203
天下无私——清代自然资源“所有权”机制研究……224
我国宪法上“国家所有”的知识源流考……238
财政权控制与纳税人权利保障 ——以法国宪法委员会判例为依托……258
论国有自然资源的范围 ——以宪法第 9 条为中心的分析……267
论自然资源国家所有权……278
自然资源国家所有权的贫困……286
保护野生动物抑或保护国家所有权 ——从私割鲸肉应否处罚谈开去……297

国家所有权的基本理论和立法结构探讨

马俊驹*

一、国家所有权的基本理论问题

（一）如何理解“国家所有即全民所有”?

（二）国家所有权中，为什么既有私权，又有公权？

（三）国家所有权是一种特殊的财产权

二、我国国有财产的类型及其法律调整

（一）国有自然资源应区分为国有私物和国有自然公物

（二）国有公共用财产应属国有人工公物

（三）国有营运资产应属国有私物

三、国家所有权的二元化立法结构

（一）主要大陆法系国家的相关法制

1.法国将国有财产区分为公物和私物

2.德国将国有财产视为修正的私权客体

3.日本将国有财产分为普通财产和行政财产

（二）国家所有权立法结构的完善

1.国家所有权由私法和公法共同调整

2.国家所有权混合法律关系的构成

3.国家所有权立法结构的基本设想

四、结语

* 西南财经大学法学院教授

由社会主义基本经济制度决定，我国《物权法》以较多条款对国家所有权作了规定。该法明确了国家所有权的行使主体、国有财产范围，强化了对国家财产的保护，这对壮大国有经济、增强国家的经济实力具有重要意义。但国有财产类型繁多，物权法并没有根据具体财产的经济和社会功能，实行有区别的财产权制度，规定与之相适应的法律规范。在实践上，许多地方在行使国家所有权时，不严格区分国有财产的类型，普遍地运用市场机制，一味地追求经济效益，忽视了对人民群众公共财产权利的保护，助长了一些人肆意牟取个人和集团利益、毁损和侵占国有财产，干扰了国家治理环境、保护生态及其可持续发展的进程。因此，如何认识国家所有权的性质，界定国有财产的类型，区分政府在不同场合下的法律地位和权利，协调国家所有权的内部结构，就成为全面正确实施《物权法》的关键所在。

一、国家所有权的基本理论问题

（一）如何理解“国家所有即全民所有”？

根据我国法律，国家所有的性质是全民所有。但如何理解“全民所有”呢？在公有制国家，国家所有权与全民所有制是两个密切相关的概念，前者是上层建筑，后者是经济基础。这里的“全民所有”是指以维护全民所有制为价值取向，以国家所有权主体的全民性出发，确认其权利主体是全体人民。

在全民所有制的经济关系中，每一个社会成员都拥有公有权。从其内部关系看，公有权就是指拥有与生产资料即资产“相结合”进行生产活动并取得劳动收入的权利。这种权利在法律上应属于公权利，它包括财产权，也包括管理权、就业权等。公有权的构成使每一个社会成员都是所有者，“无论从法律意义上还是从经济意义上说，共同占有的权利，是任何个人所拥有的那一部分所有权和一切其他人所同时拥有的所有权共同构成的；如果每个人都没有所有权，也就谈不上有什么公有权。”但是，他们“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]从这个意义上讲，他们又是非所有者。由此形成了公有权的二重性的权利结构。这种权利结构对国家所有权的构成产生重要影响：一是，全体人民均拥有公有权是国家所有权存在的基础，公有权的二重性结构决定了国家所有权的二重性特征：一方面权利主体既要体现唯一性，又要设置反映民意的多元主体机制；另一方面权利行使既要有独立性，又要接受人民群众的监督和约制。二是，国家所有权的行使关系到社会公共利益，必然具有公权力的强制效能，又因公共利益涵盖诸多不确定的主观因素，所以必须由法律确定判断公共利益的原则和程序。三是，在法律规定或人民群众生活必需的范围内，国家所有权具有社会的公共权力属性，进而使每一个社会成员对国有公共用财产享有自由、平等的使用权。

[1] 樊纲等著：《公有制宏观经济理论大纲》，上海人民出版社 1999 年 12 月版，第 24 页。

在我国，国务院和各级政府作为国家所有权的行使主体，其权利既源于全体人民的意志和利益，又独立于全体人民的一切个人或群体的意志和利益，但所有权的行使主体并没有自己的特殊利益，而全体人民才是国有财产及其收益的享有者。可见，国有财产的直接支配者与最终受益者之间是分离的。为什么会如此？就是因为全体人民中的每一个社会成员都还拥有公有权，都还是所有者，这是产生国家所有权的经济基础，也是他们能够从国有财产中享有权利和获取收益的理论根据。

按照民法理论的内在逻辑，“全民所有”只能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。原捷克民法学家凯普纳就认为：“全民所有是直接的社会所有，所有者虽为全体人民，但在法律上并不是一个所有者”。[1]就国家所有权而言，“全体人民的任何个体成员都不可能转让其权益份额，也不可能‘退出’国家所有权。国家所有权受侵害时，全体人民的个体成员无权请求司法救济。”[2]显然，以上观点和对国家所有权的客观描述是按照传统所有权的基本特征和规则推导出来的结果，而与建立在全民所有制经济基础上的国家所有权理论并不完全一致。我们应该对国家所有权有一个重新的认识。

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。全体人民中的一切社会成员是以法律主体的身份享有以下权利的：

其一，通过民主程序选择真正能够代表自己利益的所有权的行使者，由其代表对全民的生产资料即资产行使所有权。

按照马克思主义的理论，国家享有所有权与全体人民享有所有权的意义是不同的，资本主义国家也有国家所有权，但它与全民所有制无关，而社会主义的国家所有权是全民所有制主体形式在法律上的直接体现。[3]正因为如此，我们强调“国家所有即全民所有”，这表明社会主义国家所有权与资本主义国家所有权本质上是不同的。在我国现行的管理体制下，全民所有的财产由国务院和各级政府代为行使所有权，此种情形下，人民群众不仅依法享有选择政府工作人员的民主权利，而且依法能够通过人大或直接控制政府对国有财产的处置权，即使政府是为了公共利益的需要处置财产也须符合法律程序并接受人民群众的监督，这是国家所有权能否正确行使的重要保障。所以，没有完善的民主制度，没有健全的民主决策、民主管理、民主监督的机制，就不会有符合全民所有性质的国家所有权。

[1] 引自王利明：《物权法论》，中国政法大学出版社 1998 年 4 月版，第 454 页。
[2] 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 1 页、第 2 页。
[3] 马克思在论述国家土地所有权与人民土地所有权的不同性质时指出：“如果国家把土地所有权据为己有，而资本主义生产继续存在，II、III、IV 的地租就会支付给国家，但地租本身还是存在。如果土地所有权归人民所有，资本主义生产的整个基础，使劳动条件变成一种独立于工人之外并同工人相对立的力量的基础，就不存在了。”（见《剩余价值论》，《马克思恩格斯全集》第 26 卷 II，人民出版社 1973 年版，第 108 页。）

其二，行使国有公共用财产使用权，对那些属于国家所有的、由政府管理和维护的公共用财产于一定范围享有直接占有和自由使用的权利。

在大陆法系国家，长期存在一个公物法的法律范畴，它是学理和司法中逐渐形成的法律原则和制度。[1]所谓公物，通常指狭义的公物，包括公用物和共用物，泛指那些直接服务于公共事业的财产或资源，其种类繁多。[2]公物多属于社会性财产，并不强调其所有权的性质和归属，除自然资源外，国家、群体和私人均可设置公物。为了实现公共功能，公物不能转让，不能适用取得时效，不能成为强制执行的标的，通常还强调不得在公物上为私人利益设立民法上的物权关系。在德国、法国、日本等国，公有森林、山岭、水流、湖泊、湿地等自然资源视为公物，被认为是民众无须许可即可自由使用的资源。这些自然资源不是传统民法上的所有权客体，政府对于这些自然资源的管理责任，仅在于维护公物的状态和可用性，确保民众可以平等地按照其公共用途加以使用的权利。[3]

在我国，人民群众对公共性国有财产享有充分的使用权，是由全民所有的社会性质决定的，是人民群众"在整个社会的生产资料的关系上处于同等的地位"决定的，这就是说，"全体公民都同样可以利用公有的生产资料、公有的土地、公有的工厂等进行劳动。"[4]显然，这些财产不是商品，它们大多属于社会成员个人可以直接占有作为生活或劳动的物质资料。从性质上讲，因公共性财产[5]发生的财产关系并不属于传统民法调整的对象，而属于行政法调整的范围。这些财产既然属于国家所有，就必须在国家所有权的立法结构上加以完善，使其能够容纳对公共用财产使用权的调整，以保证每一个社会成员对那些与其生活或劳动密切相关的公共性财产享有占有和自由使用的权利。

因此，国家所有的性质是全民所有，就意味着国家所有权与全民所有制下的公有权密切相关，公有权的二重性结构决定了国家所有权的二重性特征。在我国，全民所

[1] 肖泽晟：《公物法研究》，法律出版社 2009 年 10 月版，第 23 页。
[2] 早在罗马法时代，根据自然法（jus naturalis）将空气、流水、海洋及其海滨视为共用物，万民法也将河流、港口、公共场所、公共道路、安魂之地或圣地称为公有物，即不属于任何人而属于共同体的财产，一切人均可使用。（参见桑德罗·斯奇巴尼选编：《物与物权》，范怀俊、费安玲译，中国政法大学出版社 2009 年 11 月第 2 版，第 17 页、25 页、31 页。）近现代以来，公物亦有广义和狭义之分，广义的公物泛指国家或自治团体，直接或间接为达行政目的，所必要的一切财产而言，包括财政财产、公用财产和共用财产。狭义的公物仅指公用财产和共用财产，前者如办公大楼、国防设施等，后者如河川、海滨、公园、道路、桥梁等。（参见范扬：《行政法总论》第三章行政组织第三款公物，中国方正出版社 2005 年 4 月版，第 136 页。）
[3] 在美国的司法实践中，对自然资源是采用公共信托理论，由政府接受全体人民的委托，享有对某些自然资源的管理和支配的权利，其权利的性质是一种形式意义上的所有权，而民众作为受益人则享有公共信托利益的请求权。由于我国近代以来有着明确的公法和私法划分的传统，以及对大陆法系物权和所有权概念的认同，所以公物法理论和立法实践可能有助于我们对建立公共用财产制度的思考。
[4] 列宁：《自由派教授论平等》，《列宁全集》第 24 卷，人民出版社 1990 年版，第 392 页。
[5] 关于公物、公产、公用物、共用物等用语的使用非常繁杂，德国、法国、日本在公物法上均有自己的专用术语，其含义相互间很难完全对应。而本文以下所使用的公共性国有财产、公共用财产、国有公物、国有私物、自然公物、人工公物、公用财产、共用财产等术语也只是从笔者的一般理解出发定名的，并非有确切的研究。

有标示着国家所有的概念具有两层法律含义，它不仅蕴含了民法意义上的国家所有权，而且蕴含了行政法意义上的公共性国有财产管理权，这两种不同性质的财产权构成了我国国家所有权制度的基本立法结构。

（二）国家所有权中，为什么既有私权，又有公权？

马克思指出，"要想把所有权作为一个独立的关系、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。"[1]但民法学者一般认为，国家所有权是私权，是物权的一种，应受民法调整。其实，并非完全如此，"所有权不仅是民法的专有名词，也不仅仅是民法上的权利。'所有权'一词使用甚广，在不同的含义上，所有权指政治法律制度中的所有权制度，是调整财产所有关系的法律规范的总称。"[2]我国有学者主张，所有权应分为宪法层面和私法层面两种类型，宪法上的所有权是所有权人和国家之间发生的公法法律关系，它所注重的是获取所有权并得到保护的资格；民法上的所有权是所有权人和其他私法主体之间发生的民事法律关系，它所注重的是权利所指向的具体客体。[3]有学者还特别强调，宪法上的所有权是一具有无限内容的基本人权。[4]实际上，在行政法、经济法、刑法等公法领域也讲所有权，但因为这些法律调整的社会关系与民法不同，所以各自对所有权基本特征的理解及其设定的相关规则也有差异。如行政法上的所有权就可以对公用物和共用物作出规定，也可以对国家强制征收私人财产作出规定。随着社会的发展，所有权的界定越来越困难。"这就启发我们不能再一味地追求统一的所有权概念，而应建立一个多元化的所有权体系。所有权的弹力性学说和单一所有权概念已经无法解释当今复杂的社会现实。"[5]

从国家所有权的发展过程看，财产制度与政治制度混为一体，是古代社会国家所有权的通常表现，其内容主要表现为政治权力或行政权力，其财产往往成为能够代表国家的君主和少数统治者的私有物。至资本主义社会，国家所有权在法律形式上才得以确立。在法律上，国家是由一定的居民在一定区域内组织起来的并且人格化了的社会共同体。国家的人格化使其能够成为独立的实体而拥有财产，这是国家得以存在的物质基础，也是维护社会公共利益的前提条件。大多数国家又将这种独占性的财产权利区分为私法上的财产权利和公法上的财产权力（管理权），并为此设置了国家私物制度和国家公物制度。

我国现阶段，国家承担着建设社会主义物质文明和精神文明的职能，全民所有的

[1] 马克思：《哲学的贫困》，《马克思恩格斯全集》第 4 卷，人民出版社 1958 年版，第 180 页。
[2] 胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社 2007 年 3 月版，第 97 页。
[3] 参见徐涤宇：《所有权的类型及其立法结构》，载于《中外法学》2006 年第 1 期。
[4] 参见赵世义：《论财产权的宪法保障与制约》，载于《法学评论》1999 年第 3 期。
[5] （意）奥利维耶罗·迪利贝托：《论所有权的范围及其限制——从罗马法到近代民法典的历史流变与简评》，翟远见译，载于《罗马法、中国法与民法法典化国际研讨会论文集》（2009 年 10 月），第 376 页。

财产只能由国家所有并由其行政机关代为占有、使用、收益和处分，进而确立了国家所有权制度。在市场经济条件下，国家通过其行政机关可以运用那些经营性财产从事工商业活动而获取收益，这时国家是民事主体，其权利的性质是私权；但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。我国物权法规定的国家所有权，显然包含了以上两种情形，国家既是民事主体，也是行政主体，其权利的性质既有私权，也有公权。

因此，“一切财产所有权均为私权”的论断，在国家所有权上被否定了。事实上，私法与公法、私权与公权的区分是必要的，但此种区分仅仅具有相对性。[1]我国物权法对国家所有权的规定，就体现了这种精神和立法趋势。但是，当私权与公权集于一身时，国家所有权就可能成为一种神话。在现行的管理体制下，国家所有权只能由国务院和各级政府行使，而这些行政机关既是财产所有人的代表，又是各项政策的制定者和执行者，如何既能有效利用、管理和维护国有财产，又能切实保障经济秩序的正常运行，就成为解决国家所有权立法结构的理论前提。

（三）国家所有权是一种特殊的财产权

传统民法上的所有权是私权的一种，根源于社会分工和商品交换，是自然法学思想与启蒙运动相结合的产物。通常“产生于商品交易过程中自愿的契约安排，其客体是某种更具体的物品或服务，具有可转让性、可分割性和可依法剥夺性等特点。”[2]我国《物权法》上的国家所有权则不同，它已明确地包含了行政权力，部分地体现了国家权力的本质特征。如对专属国家的自然资源或公共性财产所有权，就不直接具有私权性质，这些财产不得进行转让，不适用善意取得，不适用取得实效，不得被纳入破产财产，不得被强制执行。可见，《物权法》上关于物权的一般规则，除了国有经营性财产所有权外，对于国家专属财产所有权大多是不适用的。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，而是二者在权力性质以及权能结构、行使方式和法律保护等基本规则方面存在实质上的差别。

那么，国家所有权有没有一般的物权特征呢？按学界通说，物权是直接支配特定物，并享受其利益的具有排他性的权利。物权这一定义所体现的特征，国家所有权并不完全具备。首先，国家所有权并不是由国家行使，也不是由全体人民直接行使，而是由国务院和各级政府代其行使；其次，国家所有权的客体既包括有体物，也包括无体物和聚合物，而多数客体并不具备特定物、独立物的特点，由于财产表现形态的多

[1] 参见尹田：《民法调整对象的理论检讨与立法表达》，载于《私法》（第 8 辑·第 2 卷），华中科技大学出版社 2010 年 4 月版，第 27 页。

[2] 赵世义：《论财产权的宪法保障与制约》，载于《法学评论》1999 年第 3 期。

样化，已使得大陆法所有权的立法结构遇到了挑战；其三，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驶权利和履行职责。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。那么，物权的一般特征在国家所有权中还能保留什么呢？纵观所有权制度的发展和演变，外部关系的排他性始终是历史各个阶段所有权以及不同国家、不同法域所有权的共同特征，也是国家所有权一般的物权特征。

物权的排他性特征源于物的归属。依据物权法的一物一权原则，一物之上不得存在两个或两个以上的所有权，这是确定物的归属的规范基础，物的归属必然导致物权的排他性。就国家所有权而言，排他性表现为所有权人委托政府代为支配自己财产的效力，也表现为国家所有权的对世效力，即排除任何人对所有权的侵害，从而得到法律的绝对性保护。在大陆法二元财产权体系下，排他性是物权与债权相区分的基本分界点，国家所有权也正是借助这一特征，才能作为物权或准物权在《物权法》中得以规定。但须指出，物权的各个特征并不是彼此孤立的，它们之间是一个相互关联、互相作用的逻辑整体。就像文字的构成一样，如果书写时缺少了笔划就会失去愿意或不成文字。从这个意义上讲，国家所有权已经脱离了传统物权和所有权的构成理论和立法结构，而成为一种特殊的财产权类型。

由此看来，国家所有权在权利结构上，全体人民是权利主体，政府是权利的行使主体，而每一个社会成员对那些公共性国有财产享有自由使用权，国家所有权对人民群众不应是法律的神话。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》调整的范围。

二、我国国有财产的类型及其法律调整

依据《物权法》规定，我国国有财产按其不同的经济和社会功能可分为三种类型：（1）国有自然资源，如矿藏、水流、海域、城市土地、无线电频谱资源，以及属于国家所有的森林、山岭、草原、荒地、滩涂、野生动植物等；（2）国有公共用财产，如国家所有的铁路、公路、电力设施、电信设施、体育和娱乐设施、油气管道设施和国家机关财产、国防财产等，以及国家兴办的学校、医院、公园、研究机构、博物馆等事业单位的财产；（3）国有营运资产，是指那些能够由国务院和各级政府代表国家

用以出资并取得收益的财产。[1]上述国有财产中，既包括有体物，也包括无体物。

在我国，国家所有权作为一种特殊财产权，应该针对不同的财产类型，根据国家和人民群众的长远发展和现实需要，遵循和适用不同的法律原则和规范。具体而言，我国《物权法》所规定的各类国有财产，哪些属于国有私物，哪些属于国有公物，由其发生的财产关系，应以何种性质的法律规范调整，人民群众就不同类型的国有财产享有何种权利和义务，政府作为国家所有权的行使者应有何种权力（权利）和责任，对这些问题的研究将有助于对国家所有权立法结构的深入思考。

为此，本文根据我国国有财产的分类特作以下分析和探讨。

（一）国有自然资源应区分为国有私物和国有自然公物

自然资源是人类生存和发展的物质基础。但自然资源不同于传统民法上一般的“物”，那些以有体物为基础构建的物权体系，已不能完全容纳对自然资源的法律调整。自然资源作为国家所有权的客体，具有财产属性和资源属性。国家在开发利用自然和改造自然的过程中，大多自然资源可以在市场经济条件下进行有偿配置和转让，成为一种特殊的物质产品，具有一般商品的使用价值和价值。但是，并非所有的自然资源都适合市场运作，自然资源的整体性和公共性特征，使得有些自然资源不宜作为商品进行交易，由其发生的财产关系也不宜接受私法性规范的调整。

我国有学者将自然资源物权分为“非对物采掘”和“对物采掘”两个基本类型。前者是以特定的自然资源为媒介完成一定的社会经济活动，其原有赋存状态不变或基本不变，如土地、海域；后者是一种消耗性的开发利用方式，将处于自然赋存状态下的自然资源转化为资源产品，如石油、煤炭、天然气、森林、水资源、野生动植物。[2]在上述自然资源中，土地是人类社会生存和发展最重要的物质基础，又是在诸多自然资源类型中最易划分、界定和分配的生产资料，所以最早进入私法调整的范围，成为传统物权法规范的核心内容。即使如此，随着人类自身文明程度的不断提高、代际公平和可持续发展理念的深入，土地的资源属性的强化已迫使传统所有权的纯私权范畴在发生改变。21 世纪以来，随着科学技术的进步和陆地资源的日益枯竭，海域也由国际法调整逐渐转向由国际法与国内私法分别调整，成为物权法规范的又一重要物质资料。特别是那些“对物采掘”类型的自然资源，事实上已经成为国家的重要资产。在市场经济的条件下，政府代表国家依据所有权与经营权可以分离的原理，广泛进行了自然资源的社会性开发和利用，进而促进了国民经济的发展，在法律上，实现了自然资源所有权向资源产品所有权的转换。但也须注意，如果一个国家的经济发展主要是依

[1] 国有营运资产属于财政财产范畴。财政财产系指政府掌管的所有金钱物质及其收益，包括可供利用的国有自然资源、可用作行政开支的费用和财源，如国库现金、有价证券等。财政财产还应接受财政法的调整。我国《物权法》第 55 条仅就国有营运资产作了规定，所以本文随后也以讨论这类财产为限。

[2] 参加张璐：《中国自然资源物权的类型化研究》，载于陈小君主编《私法研究》第 7 卷，第 155 页。

靠对自然资源的开发和利用，尤其对一个自然资源并不富足的国家来说是很危险的。显然，这些自然资源应属于国有私物。

但是，自然资源的公共性特征并未因其财产性、价值性的突显而消失，至今还有一部分自然资源是每一个人生存和发展不可或缺的物质资料，它们无需人力加工设置便可供民众使用，如阳光、空气、湖海、河流、水域、湿地、山川、沙滩、草地、原始森林、自然环境等。这些自然资源是大自然赋予人类的恩赐，民众只要不毁坏、不妨碍他人使用，只是为了满足自身的生活或生产活动对其加以占有和使用，就不应因自然资源是国家所有的而丧失这些权利。实际上，这里存在着两个层次上的权利：首先，国家对自然资源享有所有权，具有排他性；其次，民众对其享有公共用财产使用权，没有排他性，不得独占，只能平等享有。国家对自然资源享有所有权，并不是要剥夺民众对自然资源享有的公共用财产的使用权，而是为了更好地确保民众平等、自由地享有这种权利。作为一个公正、民主的国家，不仅要给予那些贫困的公民以生活上的补贴，而且还须直接向每一个人提供可使用的自然资源，让每一个人都能再大自然中享受恬静、快乐的生活。可见，这些自然资源应属于国有公物。

自然资源是一个完整的生态系统的不可分割的组成部分。政府作为所有权的行使者对自然资源的开发利用，必须遵循可持续发展的理念，注重其生态功能或生态价值。在社会经济领域，我国目前最大的问题是对自然资源的过度利用和破坏，只看重自然资源的经济价值，不顾及公共社会的长远利益，忽视和淡化了自然资源的资源性管理。一些地方的政府部门以公共利益的需要为名，先以行使几乎不受任何限制的公权力，再以行使民法意义上的私权利，将自然资源有偿转让给与公共利益无关的经营主体，甚至将那些与民众生存与发展所必须的公共资源也作为商品转让他人，从而使自然资源成为政府财政获取收益最大化的工具。这是一种毁损资源、生成腐败、脱离群众的错误作法。

特别强调的是，市场原则不应侵入非市场的公共领域，那些非商品的自然资源不能商品化，否则就等于剥夺了民众生而享有的对公共自然资源的权利，而使这些自然资源成为一些特权人物和最富裕人群所独占的财产。目前，这种现象在我国非常普遍，甚至已被人们习以为常，然而这是和我国社会主义的本质背道而驰的。产生上述情形的原因是多方面的，但是与我国国家所有权制度的立法缺陷，缺乏对政府行为的制约机制是重要原因。所以，在我国完善国家所有权的立法结构已十分紧迫。

（二）国有公共用财产应属于国有人工公物

国有公共用财产是社会公共利益的载体。由国家提供公共用财产的目的是为了满

足公共需求、实现公共利益和追求公共利益。[1]国有公共用财产又可分为公用财产和共用财产。前者又可称行政财产，是指行政主体为达行政目的，不以其收益或物资为目的，而直接供诸机关公用之物；后者是指行政主体为达行政目的，而直接供诸一般民众使用之物。[2]在德国，公共用财产称公共设施，日本译为公共营造物。公共设施是一个多种组织形式的集合概念，体现了“财产”与“主体”、“行为”、“责任”的结合，只有如此，公共设施才能利于公共福利，具有现实的公共性。[3]

国有公共用财产因人为的设置而成立，在公物法上应属于人工公物。无论是国家设置，还是群众和个人设置，均要遵循一致的法律原则，即用于公共目的。人工公物的设定、变更和废止，以及制定相应的使用规则，应为政府的行政职权，属公法上的处分权。但这项处分权的行使必须征得民众的同意和认可，通常在一定范围举行听证会。在德国，命名是公物法的核心制度，这一法律行为使财产成为法律意义上的公共用财产，其作用在于明确这项财产的使用目的和范围，从而产生法律约束力。人工公物并非绝对不能转让或废除，只是需要严格的审批程序，但已设定给了公务负担的人工公物是不能流通的。而且，国家征收由群体和个人设置的人工公物也要受到比征收一般私人财产更多的限制。

民众对人工公物的一般使用，无须特别批准，也无须支付对价，都可以按照其财产的设定目的进行使用。民众享有的这种使用权，是由法律规定或由命名确定的，所有具有公法性质，应属于主观公权利，它的行使在特定的范围内没有排他性，也不适合通过市场的途径来满足。公物的使用原则上也是无偿的，而收取费用只是例外，且需经正式法律的授权，并非由政府或其官员就可以拍板定论的。这种收取费用的性质应属于公法性质，而非私法上所付的报酬。当然，对那些明显具有消费性的使用收取一定费用应属对国家投入或服务的补偿；如果特定人欲利用公物而进行经营活动，如在公路边设置广告、加油站、存车处等，就须得到特殊的行政许可，并依法缴纳相关的税费。

我国正在“着力保障和改善民生，必须逐步完善符合国情、比较完整、覆盖城乡、可持续的基本公共服务体系，提高政府保障能力，推进基本公共服务均等化。”[4]完善公共服务是以国家向社会提供充足的共用财产为前提的。[5]我国改革开放30多年来，虽然已初步形成了由政府、市场及其他组织多元提供共用财产的格局，但由于普遍存

[1] 参见席恒：《利益、权力与责任》，中国社会科学出版社2006年12月版，第9页、第31页。该书从公共管理学的角度，将公共物品界定为由全体社会成员共同消费，而不是专门为任何个人所单独消费的产品或劳务。所以涉及范围广泛，除本文所论及的公共用财产外，还包括公共安全、公共政策等。

[2] 参见范扬：《行政法总论》第三章行政组织第三款公物，中国方正出版社2005年4月版，第144页。

[3] 参见刘艺：《公物法中的物、财产、产权》，载于《浙江学刊》2010年第2期。

[4] 中国共产党第十七届中央委员会第五次全体会议公报（2010年10月18日）

[5] 为什么我们强调政府要为民众提供更多的共用财产，主要是从改善民生考虑，而我国公用财产如国家机关办公大楼和相关的设施建设已明显投入过大，这在财政民主机制健全的国家几乎是不可能的。

在着过度放任市场在一些公共领域的盲目进入，使得为民众给提供的共用财产明显不足和无序。为了实现社会公平正义，由国家提供或资助的教育、公共卫生体系以及各种为民众服务的公共事业，将成为弥补市场不平等所带来的负面后果，实现公民身份的平等价值，使每一个社会成员都能过上有尊严的生活。

随着国家经济实力的增强，政府应加大营造民众所需共用财产的资金投入，改变目前住房商品化、医疗市场化、教育产业化的无序状况，无偿或低收费地向民众提供更多的共用财产或服务。通过立法明确公共服务领域的非营利性质，确认每一个社会成员对国有共用财产享有平等的、非排他性的使用权，禁止或严格限制政府利用国有公共用财产获取或变相获取财政收入的行为。这是健全我国社会保障体系，实现改善民生的重要法制原则。

（三）国有营运资产应属国有私物

国有营运资产是指国务院和各级政府有权直接掌控的国有企业财产，既包括有形财产，也包括无形财产。国家出资的企业，政府代表国家履行出资人职责，享有出资人权益，而企业享有法人所有权。而国家出资设置的公共设置不在此列。国家出资的企业，可以分为两类：一是直接用于公共事业的公用企业，如自来水公司、煤气公司、公共交通公司等，这些企业的营运不以营利为目的，以国有资产的保值为原则；二是间接用于公共目的的商业公司，如汽车制造公司、国营百货公司、商业银行、外贸公司等，这些企业的营运是以营利为目的，以国有资产的增值为原则。上述企业的营运均由私法调整，政府的出资行为和国家出资企业的营运行为均为私法行为。

国有营运资产虽属国有私物，政府代表国家对用以出资并获取收益的财产享有所有权，但它与私人所有权还是有很大区别，特别对其财产的取得、转让和处分上要受人大、审计机关和监察机关的监督，并非完全适用私法规范。在西方国家，所谓国有企业实际上就是政府的私产，这与我国国家所有即全民所有的性质不同，我国的政府只是代表国家行使权利，并非所有权的主体，所以其权利的行使更应受到人民的监督和法律的限制。另外，国家除了出资兴办企业外，“也可以特殊的民事主体的身份，以国库的财产为基础从事某些民事活动，如发行国库券、从事对外贸易活动等。”[1]从这个意义上讲，国库财产也应属于国有私物。

我国国有企业改革的一个重要目标，就是将政府的社会公共管理职能与国有资产出资人职能完全分开，即政府的行政权力与其所代表行使所有者的民事权利完全分开。但是，改革30多年来这个目标始终未能达到。为什么会如此？原因在于：政府出资办企业的场合下，其法律地位具有两面性，既是公法权力者，又是私法权利者，

[1] 王利明：《物权法论》，中国政法大学出版社1998年4月版，第466、467页。

两者不可能截然分开；在此场合下，政府与其他民事主体在法律上平等，除共同遵守和关公法规定外，主要适用于私法规范，但因服务于社会公共事业的理由，又在某些程度上须公法介入调整，以保证国有资产得到正确和有效的运用。在这里，国家所有权具有二重性质，一方面国家作为权利主体与其他主体同样享有私权，另一方面国家于一定限度内又居优越地位享有公权。这是不可否认的客观事实，并有法律根据。正如本文所述，国家所有权并非传统私权，是一种包含公权因素的特殊财产权，政府作为这一权利的行使者，不可能回避公法性规范的调整。

因此，对如何解决政府作为行政管理者与国家所有权的行使者的关系问题，应有新的思路。应该认识到，公法与私法之间不是完全隔绝的、是可以相互结合的关系，公权与私权之间不是完全分开的、是相互补充和约制的关系。政府因出资产生了民事权利和与此相关的行政权力，这两项权利应在分清性质并分别依据有关公法或私法规定的情形下行使，它们两者的关系不是分开的、是相互结合的关系。从积极方面考虑，我们所要研究的是行政权力和民事权利如何结合，以达到两者相互补充、相互约制，而不是研究两者如何分开。这种认识路径符合我国国家所有权的基本理论和实践。

三、国家所有权的二元化立法结构

（一）主要大陆法系国家相关法制

1. 法国将国有财产区分为公物和私物

法国在大革命时期，全部国有财产属于私物范畴。之后《法国民法典》对国有财产规定得很简单（第 538 条至第 541 条），并未把国有财产区分为公物和私物。19 世纪初，公物和私物的区别首先是由民法学者提出的，并很快被学术界和司法界所接受，认为公物不能转让和因时效而丧失。20 世纪后，公物理论得到很大发展，除自然性质的公物，还包括越来越多的人工公物。而且公物和私物的区分有了相对性，公物也不完全排除政府可以获取收益，私物也不完全都能适用民法规则。由于公物的种类繁多，性质差异很大，所以长期以来并没有一个完全一致的公物制度。[1]

1957 年，法国制定《国有财产法典》，对公物和私物的区分标准作了规定，但因反映的仍是 19 世纪的公物观念，所以受到学术界的批评，也不被司法界所认同，至今区分公物和私物的标准还是由法院的判例产生。实际上，早在 1947 年民法改革起草委员会就对公物和私物的区分提出了两个标准：（1）民众直接使用的财产；（2）公务作用的财产，即专门或主要用于公务所要达到目的的财产。这一标准得到学术界和

[1] 参见王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社 1988 年版，第 293 页至 296 页。王名扬先生原文中使用的是公产、私产的用语，这里改用公物、私物的概念，以求全文保持用语一致，并无其他用意，本文也不对“物”与“财产”的区别加以研考。

司法界的普遍认同和采用。[1]因此公物被界定为行政主体为民众使用、执行公务所不可替代的财产，没有专门法律规定不能由私法调整，这样形成了所谓一元论的公物规范，即认为公物法完全属于公法范畴，否定公物的私法调整。然而，在实践上也不尽然，就像当初作为私法概念设计的“总体财产”（也译作概括财产）制度，也已成为公法上的重要术语。可见，法国法也不是绝对排斥公法与私法的结合。

2. 德国将国有财产视为修正的私权客体

德国的国有财产是指政府作为行政主体所享有私法上所有权的财产。它包括以下各项：（1）行政主体直接用于执行公务的行政财产；（2）通过其本身的财产价值或收益间接用于公共行政的财政财产；（3）行政主体为实现公务目的而设置的经济设施和企业财产；（4）行政相对人可以自由使用的外部财产，又分为设施使用、一般使用和特殊使用三种。其中第（1）、（4）项属于公物，第（2）、（3）项属于私物。既然德国的国有财产中包括公物，由此发生的法律关系就不能完全适用私法规范，因而形成了一种修正的私有财产权。[2]所以，德国的公物法采取了私法和公法二元论的规定模式，即以其统一的民法上的所有权制度为前提，为了确保公物的利用设定了公法上的限制，而这种公法的限制所无法涉及的部分，仍然还要适用私法的规定。[3]因此，德国公物法以适用私法规范为原则，特别是适用民法典中有关所有权的规定，同时确立了公法支配权，而此种支配权又与私法支配权相互对应并交叉重叠。这就是德国公物法的基本特征。[4]由此可见，德国与法国的公物观念截然不同，法国公物理论一直是以否定私人所有权为特点，而德国公物理论则以存在私人所有权为前提。

在德国，公物既然属于私法意义上的财产，自然可以参与权利的转让，这实际上是在行使所有人的处分权。但是，当行政主体的私法支配权损害了命名确定的公物目的时，则其私法行为以及强制执行中的处分行为无效。当然，只要不影响公物目的的实现，行政主体有权在公物上为特定人设定使用权（独占使用），进而形成民法上的契约关系。在公物的管理上，德国采用各种公物法规加以规范，如《公物管理法》、《道路法》、《联邦铁路法》、《联邦水路法》、各州的《水法》、《联邦污染防止法》、《学校法》等。

德国公物法中最具特色的可能是对“公共设施”的规定。[5]“公共设施”是行政组织法

[1] 参见刘艺：《公物法中的物、财产、产权》，载于《浙江学刊》2010 年第 2 期。
[2] 参见（德）奥托·巴霍夫，罗尔夫·施托贝尔：《行政法》，高家伟译，商务印书馆 2002 年 8 月版，第 474 页、第 476 页。修正的私有财产权理论也受到学界的批判，认为这种理论在法律制度、权利人、义务人、使用规范和法院管辖权方面都对公物的发展不利。
[3] 参见（日）大桥洋一：《行政法学的结构性变革》，吕艳滨译，中国人民大学出版社 2008 年 2 月版，第 198 页、第 216 页。
[4] 参见（德）奥托·巴霍夫，罗尔夫·施托贝尔：《行政法》，高家伟译，商务印书馆 2002 年 8 月版，第 474 页。
[5] “公共设施”（anstalt）一词经日本行政法学者翻译成“公共营造物”，后被台湾地区学者所引介。近年来，也有日本学者认为用“人的营造物”一词更为妥当，而台湾现行实定法中又使用“公共设施”一词日益普遍。

中的概念，是公物中一个重要而独特的组成部分，有广义和狭义之分，但均为行政主体为达到一定的行政目的所设置的人与物的结合体。如医院、学校就是“公共设施”，医院是由医生、护士和医疗设备、药物等构成，学校是由校长、教师和教学设备、学术信息等构成。“公共设施”一词使物的因素（包括有体物、无体物）与人的因素有机结合起来，形成了组织化、机体化的公物。显然，这种“公共设施”仅依据私法调整是不够的，这就使我们进一步认识到建立公物制度的重要。而且“公共设施”的概念也使我们对国家所有权的构成有了更客观、全面的认识，国家所有权的客体不仅包括纯粹物的因素，也包括人及其行为的因素。在我国，对国家所有权的调整必须放在全民所有制的经济关系中去考察、去制定相应的规则。

3. 日本将国有财产分为普通财产和行政财产[1]

日本明治宪法时代引进了德国的公物理论，将公物视为国家或公共团体直接为了公共目的而提供使用的有体物。显然，将公物仅限于有体物的观念已经脱离了社会现实。日本的国有财产分为普通财产和行政财产，普通财产属于私物，行政财产属于公物，公物又分为公共用物和公用物，公共用物是指提供给一般民众使用的财产，公用物是指提供给行政主体活动使用的财产。在日本，学术界普遍强调公物的有体性，所以将以人和物为构成因素的营造物和以单纯物为构成因素的公物加以区分。[2]这一点与德国公物法观念相比还显保守。

《日本民法典》与《德国民法典》相同，都没有规定国家所有权，但学术界普遍认可国家所有权的概念，[3]所以才有国有财产的称谓。日本对广义公物的一般法主要由《国有财产法》和《自治法》构成，前者调整国有财产关系，后者调整社会公有财产关系。公物法的有关特别法不否定私法的调整原则。但日本公物法并没有完全按照德国以存在私人所有权为前提的立法模式，而是在公物法的特别法中多采取了德国法和法国法的混合立法规则，如《道路法》以德国法作为参考，原《河川法》则以法国法作为楷模，而现行的《河川法》也不失采取混合的立法模式。由此表现出日本公物法仍具自己的特色，能够较为灵活地处理公物产生的现实问题。

由此可见，因国有财产的公共使用而创制的公物法，无论是法国的一元论立法模式，还是德国的二元论立法模式，以及日本的混合型立法规制，在基本制度框架和功能方面具有诸多一致性。首先，各国政府及行政主体运用国有财产向民众提供公共服务或设施是必须履行的义务或职责，这是公物法产生和存在的社会基础和民众需求；

[1] 参见周刚志：《公物概念及其在我国的适用》，载于《现代法学》2006 年第 4 期，第 63 页。
[2] 参见（日）大桥洋一：《行政法学的结构性变革》，吕艳滨译，中国人民大学出版社 2008 年 2 月版，第 195 页、第 196 页。
[3] 参见（日）盐野宏：《行政组织法》，杨建顺译，北京大学出版社 2008 年 11 月版，第 257 页。日本学者认可得国家所有事指政府所有，即政府的支配权所涉及的财产就是国有财产。

其次，国有财产根据其种类和使用目的的不同，将其划分或命名为公物和私物，已是各国法制的通例，对此无论采取任何立法技术，都无法摆脱公物法现已形成的基本制度框架；其三，民众和特定行政主体直接使用的各项公物，以及行政主体掌握的财政财产和参与企业运营的私物，或由公法和私法共同调整。总之，各国在国有财产的分类和使用上，体现了财产关系的双重性，使用目的的公共性，公法与私法的区分与关联，为社会的进步与发展创造了好的法制环境，这也是我们所需要参考和借鉴之处。

（二）国家所有权立法结构的完善

1. 国家所有权由私法和公法共同调整

上述命题，是由私法与公法的共通性而得来的认识，国家所有权不仅接受私法的调整，而且接受公法的调整。在大陆法系国家，有无私所有权与公所有权之分，一直是争议的问题。德国多数学者认为，私人财产上设置公物，其当事人就该物享有民法上的所有权，只是须受公法规范的种种限制而已，并无公所有权之说。但是，德国也由学者主张公所有权说，[1]也有一些州对公所有权（öffentliches Eigentum）作了规定，比如汉堡的《道路法》、巴登——符腾堡州的《水法》等，但此处公所有权的成立是以行政主体作为土地所有权人为前提的，而在私人享有所有权的场合，公所有权则不可能成立。[2]法国学者则认为，私物与公物全然不同，私物接受民法调整自无异议，而公物只能接受公法调整，以此保证民众对公物的公共使用。在设置公物的场合，原民法上的所有权已转换为公法上的所有权，无论是以私人财产设置公物，还是以国有财产设置公物，结果都是一样的。

结合我国情况，一是绝大部分公物属于国有财产，与德国一些州规定公所有权的立法基础相同；二是国家对公物的支配权受公法调整，与受私法调整的支配权性质不同。在我国，国家所有权是与公有制密切相关的特殊财产权，它既是发生商品交易关系的物质基础，又是为民众设置公物的前提条件。当政府代表国家占有和利用国有财产时，拥有或行使的是私权，受民法调整；当从国有财产中设置公物以供民众直接使用时，则接受公法调整，政府施行的是公法上的管理权，不允许由特定人独占性使用。而更多的情况是，国家参与交易关系不仅要遵守私法原则和规范，而且为了维护社会公共利益，还要同时服从诸多公法规则。因此形成了对国家所有权的私法和公法共同调整状态。

[1] 早在 19 世纪末，德国法学家迈耶（Otto Mayer）就主张“公法上的所有权”，他认为，“当国家对公物的支配依公法而判断时，便发生公的物权——尤其是公所有权之思想的必要。公所有权即公法上的所有权，就是应从公法的方面去思考的所有权。”但迈耶认为，私法与公法有着完全不同的基础，否定混合的法律关系之说。（转自（日）美浓部达吉：《公法与私法》，黄冯明译，中国政法大学出版社 2003 年 5 月版，第 81 页、82 页、149 页。）
[2] 参见（日）大桥洋一：《行政法学的结构性变革》，吕艳滨译，中国人民大学出版社 2008 年 2 月版，第 198 页、第 199 页。

我国《物权法》有关国家所有权的规定，涵盖了对国有公共用财产的调整，这在事实上承认了私物和公物的划分。我国民法学者对公物法的理解，可能更倾向于德国的二元论。但我们不能忽视，我国的公物总体上是国有财产，而德国的公物财产大多是私人财产，既是是行政机关的办公场所、公共设施许多也是租借私人的土地和房屋。[1]所以，如果我们一味强调国家所有权的私权性质，是不符合我国国情的。本人更倾向于法国公物法的一元论，对私物和公物作以明确区分，以国有财产的不同类型和使用方式，确定如何适用私法或公法。

依据各类型国有财产的经济和社会功能，将其归属于不同性质的法律调整，前文已作论述。那么同一公物是否只能接受公法的调整呢？也不是，它还会因特别的使用方式接受私法性规范的调整。比如对道路这样的公物，公法所关心和维护的是民众的公共使用，而私法所关心和调整的是财产利用和收益，当特定人借道路开展经营活动时，不仅要得到政府的行政许可或特许，还要遵循民法原则付出相应的对价，这也是为什么公物还要分为一般使用、特别使用的原因。私物与公物并非仅依财产的不同法律关系加以区分。国家所有权客体多样而复杂，法律关系纵横交错，所以只有由私法和公法共同调整才能达到预期的立法目的。

2. 国家所有权混合法律关系的构成[2]

为什么在明确区分私法与公法的大陆法系国家，还会存在私法与公法的关联，以至发生混合法律关系的情形。日本学者美浓部达吉对此有过精彩的解析。在他看来，“公法与私法在许多时候也是关联的。在法律现象中常常有混合的法律关系与混合的权利，即单一的法律关系可能同时含有公法和私法的性质，而单一的权利也可能同时为公权和私权的性质。”[3]这是因为在不同性质主体之间发生私法关系并不妨碍他们之间还存在公法关系；私法的法律关系有时因公法的行为而发生，公法的法律关系有时因私法的行为而发生；那种具有财产价值的公法关系，因为某种法律原因也会转化为私法关系。[4]所以，由此产生私法与公法混合的法律关系也就毫不足异了。

国家所有权以其主体的优越地位，既能与民事主体发生平等的私法关系，也能对民事主体行使公权力而发生公法关系。分清上述两种关系后，我们会发现还有这样一个区域，一方面国家和民事主体要遵守同样的私法规则，另一方面因维护公共利益的理由又得共同服从公法的特别规定，二者有时甚至经常交织在一起，进而形成一种既

[1] 根据法国传统的公所有权理论，公物也仅限于国家、县、市町村等公共团体所有的物。（参见（日）大桥洋一：《行政法学的结构性变革》，吕艳滨译，中国人民大学出版社 2008 年 2 月版，第 199 页注释 18。）

[2] “混合法律关系”这一提法是借鉴日本学者美浓部达吉的相关论述。参见（日）美浓部达吉：《公法与私法》，黄冯明译，中国政法大学出版社 2003 年 5 月版，第 151 至 158 页。

[3] （日）美浓部达吉：《公法与私法》，黄冯明译，中国政法大学出版社 2003 年 5 月版，周旋所著前言部分，第 4 页、第 5 页。

[4] 参见（日）美浓部达吉：《公法与私法》，黄冯明译，中国政法大学出版社 2003 年 5 月版，第 150 页、151 页。

不同于平等主体之间发生的私法关系，也不同于国家对民事主体发号施令而产生的公法关系。此种情形下，国家与民事主体之间的法律关系具有了双重属性，即既属于私法又属于公法，混合的法律关系即因是而生。

国有自然资源的利用关系就是一种混合的法律关系。市场经济条件下，国家作为自然资源的所有者，通过政府管理部门的审批和登记，将其利用权出让给有关受让者，进而形成如下法律关系：（1）国家以出让者的身份与受让者之间形成私法关系，自然资源已具有商品或资产属性，政府得以收取出让金和自然资源使用费，实现了自然资源国家所有者权益；（2）国家以管理者身份与受让者之间形成公法关系，政府依特别法的规定对自然资源的利用实行监督和管理，通过对自然资源交易市场收取交易所得税和营业税，维护了国家作为自然资源管理者的利益。这两种关系同时产生，相互结合，形成了由私法和公法共同调整的混合的法律关系。此时，受让者的自然资源利用权也具有二重性质，一方面受让者的自然资源利用权属于私权性质的财产权，我国《物权法》规定为用益物权，原则上可以自主开发、利用、出租、抵押、承包、转让或者其他方式流转，这些权利一旦受到一般民事主体的侵害即应得到私法救济，一旦受到政府公权力的侵害即应得到公法保护，其两者性质不同；另一方面自然资源利用权虽然属于私权，但因其具有公共性，如水面的利用、矿产的开发、林木的砍伐等直接关系到公共利益，所以它不仅要受到政府公权力的监督和管理，而且在法律赋予或政府授权之下为了保护自然资源的长远和整体利益，还要享有不同程度、不同形式的维护权，这种维护权具有公权属性。可见，国有自然资源的利用关系并非私法关系或者仅是公法关系，而是两者的混合法律关系。

国有公物的利用关系于特定场合也是一种混合的法律关系。如前所述，一项国有公物对普通民众只有一般的使用价值，而对某些特定人不仅具有一般的使用价值，而且还有特别的交换价值即经济价值。此时，国家与特定人之间所发生的法律关系既有公法性质，又有私法性质。就特定人的利用权而言，既有一般民众享有的公权利，又有因行政行为或行政合同产生的私权利，而国家作为公物的所有者，既有私法上的所有权及其收益权，又有公法上的公物管理权。政府代表国家行使的公物管理权属于公法性质，当公物的设置或保存发生缺陷致利用人受损害时，应承担国家赔偿法规定的相应赔偿义务。特别是公共设施的利用关系更为复杂。因公共设施是人与物的结合体，必然在利用关系中涉及设置者、管理者和利用者三方法律关系：设置者国家拥有私法上的所有权；管理者拥有公法上的管理权，依据不同的法律或规则管理着人与物；利用者享有的权利也具有公法性质。民众依公共目的利用公共设施，管理者即负有“强制缔约”的义务，无正当事由不得拒绝。公共设施的管理者有制定内部规则的权

力，其规则构成了此种利用关系的重要法律要素，进而将其视为“特别权力关系”。[1]利用公共设施通常是无偿的，但为维护管理而收取一定的费用也无不可，此种情形下，利用者负担费用具有“对待给付”的性质，如果利用者出于经济目的利用公共设施则会产生私法关系的后果。随着社会法制的发展，民众作为利用者的法律地位权利化越显突出，其权力内容还在不断扩展，如增设或改进公共设施的建议权、对公共设施管理作用的参与权等。

国有营运资产虽属国有私物，但其营运活动要受民商法、行政法、经济法、劳动法、社会保障法等多种法律的调整，并发生相应的私法关系和公法关系。前文已述，政府的公共管理职能与国有资产出资人职能应加以区别，但不可能完全分开。我们发现，在这两种职能所产生的公法关系和私法关系之间，存在着诸多公法与私法同时作用的区域。当国家从事经营活动时，它与一般民事主体的地位平等，不仅共同遵守私法原则及有关规定，而且同样要服从公法的相关规定。国家出资兴办和控股、参股企业的目的是为了国家公共利益，这与一般民事主体的经营目的不同，所以在必要的限度内，还要遵守一些特别的法律规定，其中既包括公法性质的规定，也包括私法性质的规定。从法律关系上看，国家具有公法和私法上的二重人格，它与一般民事主体发生私法关系时，并不妨碍因公共事由而行使公法权力，只是这种权力必须在法定范围内行使。从法律规定上看，国家从事经营活动主要由特别私法商法调整。而“在商法领域，采取了大量的公法干预政策，引入刑法、社会法等与经济活动有关的公法规范”，“在同一个法制环境中，公法与私法互为环境、条件、手段”，[2]以致促成公法与私法的关联和耦合，商法成为内化了公法因素的私法。还应强调，现代企业是一个由不同利益相关者组成的联合体，它既容纳着物质资本所有者的利益，也包含着人力资本所有者的利益。所以，因国家营运资产而发生的法律关系，既不是单纯的私法关系，也不是单纯的公法关系，而是由不同性质法律共同调整的混合法律关系。

3. 国家所有权立法的基本设想

前述问题的讨论，为我们思考国家所有权立法结构问题建构了思想基础。归纳起来，有三点认识非常重要：（1）国家所有权是私权与公权的组合，思考其立法结构必须立足于整个法律体系的全局，不能局限于私法的传统界域；（2）在国有财产中，公物是基本的组成部分，建立公物制度是完善国家所有权立法结构的重要内容；（3）国家所有权制度调整范围广泛，规范形式多样，是一整套多层次的立法体系。

在大陆法系国家，《民法典》是否规定和如何规定国家所有权大致有三种模式：一是对国家所有权不作规定，仅在相邻关系的规定中，涉及道路通行、用水、流水关

[1] 翁岳生：《行政法》（上册），中国法制出版社 2002 年 9 月版，第 505 页。
[2] 董列春：《商法学基础理论建构》，法律出版社 2008 年 3 月版，第 127 页。

系等，对国有财产采取特别法规定，如德国、日本、巴西等国即如此；二是对国家所有权仅作简单或零星规定，对国有土地资源、水资源、文物等财产的归属和保护有些规定，如法国、荷兰、葡萄牙、埃及、阿尔及利亚、韩国、蒙古等国既如此；三是对国家所有权作出专门规定，除我国外，还有俄罗斯、越南、朝鲜、意大利等国。如《俄罗斯民法典》对国有土地和其他自然资源，以及国库财产、国有企业财产权等作了规定；《意大利民法典》对国家财产、公共财产放在同一节中规定，除对属于国家的森林资源、矿藏资源、文物、军事设施等作了规定外，还突出对海岸、沙滩、湖泊、公共水源以及公路、机场、博物馆等公共财产作了规定，并规定公共财产可以转化为国有财产。显然，即使在《民法典》中对国家所有权作了或多或少的规定，都不可能调整全部的国家所有权关系，还必须得有相配套的特别法加以规定。

我国在制定《物权法》时，学界曾对是否规定国家所有权有过争论。回顾起来，当时反对规定国家所有权的学者也不无道理，如孙宪忠教授主张对国家所有权进行重构，经公有财产区分为经营资产和公用物，就是一个很好的建议。《物权法》中规定了国家所有权，有一个明显的缺陷就是打乱了《物权法》私的逻辑体系，如同在一个为私权涉及的笼子里，装进了一个既私权又公权的鸟，所以笼子小了，鸟也不适应。现在如何解决？我国未来的《民法典》如何完善这一立法结构？当然，简单的办法就是从《物权法》中去掉有关国家所有权的规定，另行制定专门的《国有财产法典》。但是，这一动议可能与我国传统的法制观念有距离。所以，本文提出的方案是增设财产权总则，将国家所有权从物权中析出，作为一项特殊财产权专章或专节规定。

起初提出设立财产权总则的建议，是基于这样的一种构想：[1]未来民法典设置“财产与财产权”编，其中第一章“财产权总则”，之后分章规定各种类型的财产权。财产权总则不仅保留物权法和债权法的一般规则，还要规定知识产权和其他无形财产权的一般规则，以体现财产权制度的统一性。在一般性和多样性、传统结构的维持与制度创新、民法典和特别法之间，财产权总则提供一个平衡点，以实现对财产关系的适度整合。现在看来，若在“财产权总则”阐明了以下问题，即区分物与财产两概念、明确物权与财产权的差异与共性、确认公有（包括国家所有和集体所有）财产权具有二重属性即既为私权又为公权，国家所有权就可以与物权分离，成为独立的一章（或节）规定在“财产与财产权”编中，这样既不失传统民法财产权二元结构的逻辑体系，又可形成一部适应现实社会发展的包容性民法典。

[1] 2003 年，我和梅夏英博士集中精力研究了这一课题。我们分析了民法总则编存在的结构性缺陷，提出了设置民法财产权总则的基本理由，认为传统物权和债券的二元结构，无法适应现实社会的发展需要，无法容纳诸如商事财产权、无形财产权等新的财产权类型，通过设置财产权总则可以起到一个逻辑上的分离和整合作用，作为一个中介性的立法层次，它将有效地缓解原有概念法学体系结构的逻辑困境，也基本上可以消弭原有概念在形态上的分散和对立状态。（见马俊驹、梅夏英《我国未来民法典中设置财产权总则编的理由和基本构想》，载于《中国法学》2004 年第 4 期。）

国家所有权作为财产权中的重要组成部分专章（或节）加以规定，由了较宽广的规范空间，不再受物权传统规则的局限。在《物权法》对国家所有权的规定的基础上，可在以下方面作出更明确和具体的规定：（1）对国家所有权的性质，应当作出更明确的规定。国家所有即全民所有，这不仅是对权利主体的规定，而且是对权利属性的确认，国家所有权是公有权，它不同于一般的私权利。（2）对国家所有权的行使主体，除规定国有财产由国务院代表国家行使所有权外，须规定其行使应当依法对人大负责，受人大监督。（3）对国有财产类型和范围的规定，应当区分私物和公物，明确其所有权的不同行使方式和规则，确定国家专属财产的范围，并依其性质分类作出规定，私物包括“对物采掘”型的自然资源、国有营运资产以及其他财政资产，公物包括民众过生活和生产不可或缺的自然资源以及服务于民众的各种公共设施，并规定私物和公物的转换原则和规制。（4）对国有财产的保护，仍然保留《物权法》第 56 条、57 条的相关规定，但对国有自然公物和公共设施的保护应当有更明确的规定，以保障民众对这些财产的平等和自由使用。

国家所有权是我国民法调整的基础性财产关系，但民法并不能涵盖国家所有权的全部内容。国家所有权制度是一个多层次的立法体系。

首先，宪法规定了国家所有权，这是我国社会主义基本经济制度在宪法上的体现，这是一项公权利，与私权利没有直接关联，它是一种主体资格，并不涉及具体的法律关系，它是确立国家所有权制度的根基和依据，并为此项制度的全面实行提供宪法保障。

其次，由于宪法的规定，国家取得了各种重要生产资料的所有权的资格，但是仅有这种资格是不够的，所有权的行使和保护还须有相关的部门法来加以规范，这里不仅需要私法，也需要公法。其中，民法是调整国家所有权关系的基本法律，它不仅调整私物以适应市场经济规律，充分发挥物的效用和价值，而且调整公物以直接体现社会公平与正义，满足民众使用公共性物质资料和精神资料的需求。国家所有权不仅是一项权利，也是一项社会责任，它不仅会给国家带来财富和安定，也会给社会民众直接带来福利。但是，调整私物关系和公物关系的方式不同，由民法统合后的国家所有权，必然要将行政法上公物法的基本规则移入民法，从这个意义上讲，国家所有权制度是民法和行政法的混合法。而且，从行政法的需要看，还应考虑制定《国有财产法》或《公物管理法》的可能性。不仅如此，国家所有权的行使和保护，还须有商法、经济法、刑法、诉讼法、社会保障法等部门法的共同调整。

其三，以上各部门法对国家所有权的调整还是原则性的，它还需要大量的配套法律、法规作出具体规定。仅以民商法、行政法、经济法方面的法律、法规为例，有关调整私物的法律有资源类、产权类、交易类和财政类，如《资源法》、《能源法》、《森

林法》、《草原法》、《国有资产管理法》、《国有资产评估法》、《国有资产转让法》、《企业法》、《公司法》、《外贸法》、《破产法》、《财政法》、《预算法》、《税法》、《国库法》等等；调整公物的法律有自然类和人工类，如《河流法》、《湖泊法》、《山川法》、《公园法》、《公路法》、《铁路法》、《学校法》、《医院法》等等。由此可见，国家所有权制度的立法结构复杂、涉及内容广泛、法律思想深远，是我国法律体系中最为基础、最为核心、最具特色的社会主义的财产权制度体系。

结语：本文结束之时，我谈谈写作的感悟。作为一个长期耕耘在民法学领域的学者，我对行政法学方面的知识十分有限，是近年来行政法学界对公物法热烈地讨论引起了我的兴趣。一段学习和思考后，我深切感到国家所有权问题绝非仅是民法学研究的领域，更不是物权法能够容纳的对象，它是一个跨越宪法、民法、行政法等学科的重要理论和立法实践问题。对此，本文只是一篇从民法学的视角，借助于公物法的基本原理，对国家所有权的基本理论和立法结构作一初步的探讨，这只是一次关系民法与行政法两学科交叉研究的尝试。国家所有权问题的研究需要宪法、民法、行政法学者的合作，当前，我国正在编纂《民法典》之时，应是我们一起开始工作的时候了。

论自然资源国家所有权的法律创设

王克稳*

摘　要：自然资源因其巨大的利用价值而被纳入法律的调整范围，法律调整自然资源的主要制度就是为自然资源创设所有权，而自然资源的国家所有渐成自然资源所有权制度的核心。所以如此，是因为这些自然资源构成人类生存与生活的基础和保障，本质上应归属全民所有，法律上创设为国家所有是为了赋予国家对全民所有资源的管理与保护职责，这种"法律上国家所有，实质上全民所有"的双重所有是公共信托理论在自然资源管理领域的应用。我国宪法第 9 条第 1 款关于自然资源"双重所有"的规定应从公共信托的角度去解读，我国资源立法上应当以公共信托理论作为创设自然资源国家所有权的依据并应以此为基础展开自然资源国家所有权的制度设计，同时，应当将国家所有的自然资源合理划分为中央与地方的两级所有与分别代表。

关键词：自然资源　国家所有权　公共信托

在自然资源法律制度中，自然资源所有权制度是其重要方面，而在自然资源所有权制度中，自然资源的国家所有又是自然资源所有权制度的核心，自然资源为什么创设为国家所有？自然资源国家所有权与私法所有权应有哪些不同和区别？自然资源国家所有权的所有者、代表者与管理者应如何设置？等等都是我国创设自然资源国家所有权制度需要明晰的基本问题。

一、自然资源的法律调整与所有权创设

自然资源，通常是指"存在于大自然中的，在一定经济技术条件下可以被人类用来改善生产和生活状态的物质和能量"，[1]包括土地、[2]水、矿藏、森林、草原、野生动植物、阳光、空气等，自然资源具有下列几方面的特征：第一，自然性。自然资源是

* 王克稳，苏州大学王健法学院暨东吴公法与比较法研究所教授。
基金项目：国家社会科学基金《行政许可中特许权的物权属性与制度构建研究》（批准号：09BFX020）
[1] 戚道孟主编：《自然资源法》，中国方正出版社 2005 年版，第 1 页。
[2] 土地是一类最为重要的自然资源，但因世界上绝大多数国家（地区）多将土地作为私法上的不动产纳入民法的调整范围并创设为民法上的物权，且我国"城市的土地属于国家所有"的宪法规定其合法性和正当性值得反思，故土地资源国家所有权的创设不纳入本文的讨论范围。

存在于自然界的天然资源，人类可以利用它们，但它的存在本身不是人类劳动的结果而是大自然对人类的恩赐。第二，可利用性。广泛存于自然界的物质和能量并不都构成自然资源，能够称之为自然资源的仅限于对人类有利用价值且人类有能力利用的那些资源，沙漠、迷雾是自然界广泛存在的物质，地震、海啸、台风等都是自然存在的巨大能量，但它不但不能为人类所利用，反而具有极大的破坏性，因而，在现有的技术条件下它们还不能称之为自然资源。第三，相对性或变动性。自然资源的相对性或变动性可从两个方面理解：一方面，自然资源的范围是随着人类科学技术的进步而不断拓展的，人类社会"迄今的资源利用史一直是不断发现的历史，对资源基础的定义在不断拓展"，[1]另一方面，由于不同国度科学技术水平上的差异，在一个国家被视为资源的物质在另一个国家很可能只是自然界的物质而非资源，"即使在今天，评价资源的方式在空间上也是千差万别的。"[2]因此，自然资源是一个相对的和动态的范畴。

自然资源因其巨大的使用价值及对人类生产与生活的影响而被纳入法律的调整范畴，法律调整自然资源最为重要的制度就是为自然资源创设所有权，这一制度源于罗马法。在罗马法上，自然资源被划分为共用物、公用物和无主物，共用物是指供人类共同享用、任何人包括罗马市民和外国人都可以享用的物，包括空气、阳光、海洋和海岸等，共用物是没有主体的物，不能作为所有权的客体，换言之，共用物是全人类共同所有的物，这类物又称众所共有的物；[3]公用物又称公有物，是指罗马市民公共享有的物，包括公共土地、牧场、河川港口等，法律上采国家所有的形式；[4]野兽鸟鱼，即生长在陆上、海里和空中的一切动物都属于无主物，一旦被人捕获，根据万民法，即属于捕获者所有，因为自然理性要求以无主之物，归属最先占有者；[5]海中长出的岛屿，属于先占者所有，在被占有之前不属于任何人。[6]囿于认识与技术条件的限制，罗马法上对自然资源所有权的设定比较简单，作为所有权客体的自然资源的范围亦比较狭窄，人类对自然资源所有权的设定是随着自然资源价值的不断被发现和技术条件的不断进步而逐渐拓展的。随着人类开发利用自然资源能力的不断提升，自然资源所有权的创设逐渐呈现以下两方面的趋向：

第一，具有独立利用价值的资源不断从其所依附的资源中分离出来作为独立的所有权客体。表现之一是矿藏和地下水资源从土地中分离出来作为独立的所有权客体。矿藏和地下水原为土地的组成部分归属于土地所有权人，但矿藏和地下水的独立利用价值和开采技术的成熟使得矿藏和地下水率先从土地所有权中被分离出来作为独立

[1] [英]朱迪•丽丝著：《自然资源分配、经济学与政策》，商务印书馆 2002 年版，第 12 页。
[2] [英]朱迪•丽丝著：《自然资源分配、经济学与政策》，商务印书馆 2002 年版，第 22 页。
[3] [罗马]查士丁尼著：《法学总论》，商务印书馆 1997 年版，第 48 页。
[4] 周枏著：《罗马法原论》，商务印书馆 2009 年版，第 302 页。
[5] [罗马]查士丁尼著：《法学总论》，商务印书馆 1997 年版，第 48—50 页。
[6] [罗马]查士丁尼著：《法学总论》，商务印书馆 1997 年版，第 52 页。

的所有权客体分别纳入矿业法、水法、温泉法[1]等法律的调整范围；表现之二是空域与地下空间资源从土地资源中分离出来作为独立的所有权客体。在早期，“上至苍穹、下至地心”的绝对土地所有权观念深入人心，但随着人类对空域与地下空间资源利用需求的增加，空域和地下空间资源开始从土地中分离出来作为独立的所有权客体分别纳入空域法、地下空间法[2]等法律的调整范围；表现之三是野生动物资源从森林资源中分离出来作为独立的所有权客体。在创设有所有权的森林区域，野生动物原作为森林资源的一部分归属于森林资源的所有权人，或作为无主物，适用先占取得，但野生动物巨大的利用价值和无序的猎捕使得大量的野生动物灭绝或濒临灭绝，基于保护野生动物的需要，野生动物开始从森林资源中分离出来或不再作为无主物而纳入野生动物保护法的保护范围；表现之四是渔业资源有从水域资源中分离出来的趋势。渔业资源是依附于水域生存的，与野生动物类似，在创设有所有权的水域，渔业资源通常属于水域所有权人，在公海等没有所有权归属的水域，渔业资源属于无主物，尽管迄今为止绝大多数国家立法上渔业资源仍为无主物，但针对渔业资源独立的经济价值和过度捕捞导致的枯竭，越来越多的人呼吁为渔业资源创设所有权并由独立的渔业法调整。除此之外，被逐渐分离出来的资源还包括（河、海）岸线资源、无线电频谱资源、野生植物资源、种质资源、环境资源等等。

第二，将自然资源创设为国家所有渐具普遍性且范围越来越广。从权利归属角度看，自然资源大致可分为下列几种情形：一是为人类所共同享有、不能作为所有权客体的资源，如阳光、空气等；二是设定为国家所有的资源，如海域；三是分属国家与私人所有的资源，如森林；四是无主物，如渔业资源。在凡设定有所有权的自然资源上，尽管没有一个国家采绝对单一的所有权模式，但不可否认的是，将自然资源创设为国家所有渐具普遍性且其范围不断扩大，自然资源的国家所有成为自然资源所有权的主要形态，甚至一些原先被创设为私人所有的自然资源也逐渐被国有化。以水资源为例，罗马法上曾将水看成私人所有权的标的物，法国民法典主要也是考虑所有权人的个人利益，只是在涉及重要的（各种排水役权的）水流时才规定了某些限制，但水对人类的重要性以及并非取之不尽、用之不竭的有限性，使得水越来越被看成集体的财产，体现在法律上就是以多个单行立法对民法典的条文进行修改，使关于水的法律不断朝着排除私人所有权而向着国家所有的方向发展，法国最后一次修改是 1992 年 1 月 3 日关于水的法律（归入《环境法典》）。该法律第 1 条规定，“水是国家的共同财产之一部分，水的保护、利用以及可用水资源的开发，在遵守自然平衡的同时，属于国家整体利益。”[3]除法国外，其他国家（地区）关于水资源的立法也大多如此，或

[1] 日本是一个温泉资源丰富的国家，该国为此在河川法之外专门立有温泉法。
[2] 譬如日本专门针对地下空间制定有《地下深层空间使用法》。
[3] [法]弗朗索瓦·泰雷 菲利普·森勒尔著：《法国财产法》（上），罗结珍译，中国法制出版社 2008 年版，第 310 页。

直接设定为国家所有，或设定为全民所有并以公共信托的形式交给国家管理。[1]

我国是将自然资源设定为公有（包括国家所有和集体所有）且主要采国家所有立法模式的国家，我国自然资源所有权的设定大体有三种情形：一是设定为单一的国家所有，属于单一国家所有的资源有矿藏、水流、海域（《矿产资源法》第 3 条、《水法》第 3 条、《海域使用管理法》第 3 条）、无居民海岛（《海岛保护法》第 4 条）、无线电频谱资源（物权法第 50 条）。二是除法律规定属于集体所有的外都属于国家所有，《宪法》第 9 条第 1 款和《物权法》第 48 条规定，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。三是凡法律规定为国家所有的属于国家所有。野生动植物资源即属这类情形，根据《野生动物保护法》第 2 条、第 3 条的规定，纳入野生动物保护法规定保护的野生动物属于国家所有，未纳入野生动物保护法规定保护的野生动物为无主物。

二、创设自然资源国家所有权的目的

科学技术的进步，人类利用自然资源能力的提升，使得对资源的利用需求不断增加。但不同自然资源之间的品性差异极大，有些资源属于可再生且非耗竭性资源，譬如风能、太阳能、潮汐能、大气等气候资源至少在人类现有的技术条件下是取之不尽、用之不竭的；有些资源属于可再生但又可耗竭性资源，譬如野生动植物资源、水资源等，过度的捕捞、捕获、采集、汲取也会导致资源的枯竭；有些资源属于不可再生但非耗竭性资源譬如土地、海域、环境等，这类资源虽然属于非耗竭性资源，但过度的使用也会导致其退化而丧失其使用价值，如土地的沙化、盐渍化，环境、海域因过度污染致其丧失自净能力从而失去使用价值；有些资源属于不可再生且可耗竭性资源，譬如矿产资源。因此，在可供人类利用的资源中，除了可再生且非耗竭性的资源外，其他资源的过度开发使用要么会导致资源的枯竭，要么导致其丧失使用价值，而在产权不明晰的情形下，过度的开发使用几乎是必然的。因此，有效保护自然资源、保证资源的合理、适度的开发使用成为人类面临的共同课题，而通过创设产权解决这一难题成为共识。

但在如何创设产权方面存在着较大的分歧。以波斯纳为代表的经济分析法学提出私有化是有效利用公用资源的佳径，不少私法学者也认为，在自然资源的产权安排方面，私有制较公有制更符合人类的自然倾向。建立自然资源私有产权制度，可以克服市场失灵，私人对其占有的自然资源具有保护和有效利用的积极性，可以避免自然资

[1] 如日本 1995 年修订的《河川法》第 2 条规定，（1）河川属公共资源，因此河川的保护、利用及其管理必须妥善进行，以达到第 1 条所述的目的。（2）河川的水资源不得据为私有。我国台湾地区“水利法”第 2 条规定，“水为天然资源，属于国家所有，不因人民取得土地所有权而受影响。”美国俄勒冈州水法规定，所有的水资源属于公众所有（http://www.mwr.gov.cn/zwzc/zcfg/gwsfgf/200912/t20091209_153023.html）。

源的滥用。[1]我们不否认私有产权制度在资源配置效率方面的优势，但在自然资源领域不加区分地创设私有产权存在下列几方面难以解决的问题：首先，作为私有产权标的的物必须是特定的物，因为只有那些能够为权利人支配和控制的物，才能成为物权的客体。在自然资源领域，符合这一特征的主要是土地，这也是为什么"从罗马法开始到近代，物权的客体主要是土地"[2]的重要原因，而其他的自然资源，要么是流动的，要么其数量或储量是不确定的，要么是无形的，要么各样特征兼具，自然资源的这些特性使得私有产权的创设变得非常困难甚至不可能；其次，产权创设涉及资源使用中公平与效率的平衡问题，自然资源是天然形成的，它不是某些人的劳动成果，"这类财产本质上是属于国家范围内的全体人民共同的财富，是人类生存所必须依赖的物质财富，因此，它理应归属于全民。"[3]一旦创设为私有，意味着这些自然资源成为少数人的私有财产，其他的社会成员即失去了使用的权利，这也许能提高资源的使用效率，但不符合资源使用的公平原则，况且，不少自然资源譬如公有水面、海洋、海岸、沙滩等本身就具有公用性质，将其设定为私有不符合该资源使用性质；再次，不少自然资源的开发使用会产生极强的外部性，会造成环境的污染甚至引发生态灾难。在产权私有的情形下，私有业主享受资源收益最大化的同时将资源开发的外部性留给了社会和公众，这些涉及全体公众利益的问题是私有产权制度所无法克服和解决的。正因为如此，将自然资源设定为公有特别是国家所有成为各国（地区）普遍采取的立法模式。

将自然资源创设为国家所有的目的在于：一是为了宣示这些资源的全民所有。尽管立法上的表述不尽相同，但凡设定为国家所有的资源都是那些立法者认为应归属于全体人民共同所有的资源，应为全体社会成员的共同财富，"现代意义的'国家'显然不等于'国王'，更不等于政府，而是指特定主权范围内的人民，至少是符合宪法或法律规定条件的公民，因而'国家所有'即全体人民所有。"[4]二是为了落实全民所有自然资源的管理与保护责任。因全民非法律上有行为能力的主体，无法直接履行对全民财产的管理与保护责任，而国家作为全民的集合体，有能力也有义务履行对全民所有财产的管理与保护责任，为了落实全民所有资源的管理与保护责任，法律上将全民所有的财产创设为国家所有。简言之，创设自然资源国家所有的目的系基于管理与保护全民所有资源的需要。由设定国家所有权的公共目的所决定，自然资源国家所有权与民法上的所有权有着显著的不同：在所有权的设定方面，国家所有权主要是由宪法、资源法等公法创设的，是一种公法上的所有权；[5]在所有权的主体上，自然资源实行国家

[1] 谭宗宪："论自然资源管理制度创新"，《国土资源科技管理》2005 年第 1 期。
[2] 王利明著：《物权法论》，中国政法大学出版社 2008 年版，第 11 页。
[3] 高富平著：《中国物权法：制度设计和创新》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 89 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。
[5] 受法国等大陆法系国家公法上所有权理论的影响，我国也有不少学者认为自然资源国家所有权为公法上的所有

与全民的双重所有，法律上国家所有，实质上全民所有；在所有权的内容上，国家行使的主要是一种资源管理权，这种资源管理权包括合理规划与控制资源开发利用，公开、公平、公正地分配资源的开发使用权，禁止与惩罚随意侵占和使用自然资源的行为，预防和治理资源开发使用过程中产生或者可能产生的生态环境灾害，协调、处理资源开发使用过程中的争议纠纷；在所有权的行使方式上，国家作为所有权人通常是以禁止和许可等公法手段作为所有权的体现和行使方式，而自然资源开发使用权则多是由国家以特许的方式出让给单位与个人行使；在所有权的保护方面，自然资源国家所有权多采行政处罚和刑罚等公法手段予以保护。

我国是公有制国家，从我国宪法和资源法的规定看，将大量的自然资源创设为国家所有虽有意识形态因素的作用，但从创设国家所有权的立法目的看，也还是为了宣示自然资源的全民所有以及为了加强对自然资源的管理与保护。宪法在第 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；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。《矿产资源法》、《水法》、《海域使用管理法》、《野生动物保护法》等资源法亦在各自的立法上明确了设定国家所有权的目的，即保障资源的合理开发利用，加强资源的保护，禁止随意侵占、破坏资源，防治资源开发中的灾害等。就资源的全民所有与国家的管理与保护义务而言，我国创设自然资源国家所有权的目的与其他国家创设自然资源国家所有的法律目的并没有本质的不同和区别。

三、自然资源的双重所有及国家所有权的内容

承前所述，我国是采自然资源双重所有立法模式的国家，根据我国宪法第 9 条第 1 款的规定，自然资源国家所有权的所有者有二：一为国家，一为全民。那么，国家所有与全民所有之间是一种什么关系呢？宪法未再规定。我国学界对此存有不同的认识：有的从公有制角度去解释，认为国家所有即全民所有是公有制特有的制度安排，"在公有制国家，国家所有权与全民所有制是两个密切相关的概念，前者是上层建筑，后者是经济基础。这里的全民所有是以维护全民所有制为价值取向，以国家所有权的全民性出发，确认其权利主体是全体人民。"[1]换言之，国家所有权是全民所有制的法律体现；有的从法律上代表人的角度去解释，认为"自然资源全民所有"并非严格意义上的法学概念，因为全民并非法律主体，不具有独立的法律人格，全民所有这种"社会所有"必须过渡为法律上的所有权，才能获得保护，自然资源全民所有过渡为法律

权。参见尹田著：《民法思维之展开》（北京大学出版社 2008 年版，第 296 页），谭柏平："自然资源物权质疑"（《首都师范大学学报》（社会科学版）2009 年第 3 期），王克稳："自然资源特许使用权之论"（载《公法研究》第 11 辑，浙江大学出版社 2012 年版）。
[1] 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。

上的所有权，直接体现为宪法上的所有权，宪法上自然资源国家所有权的权利主体名为主权国家，实为全体人民，由此才生发出了自然资源“国家所有即全民所有”的宪法规范。[1]有的从现代民主国家的本质去解释两者关系，认为现代意义上的“国家”是指特定主权范围内的人民，因而，“国家所有”即全民所有。[2]

以上观点都有一定道理，但在国家所有与全民所有的关系上似乎又都没有从法理上说透，甚至存有误解，譬如，自然资源的双重所有并非公有制的我国特有的制度，它在英美法系国家普遍存在着。那么，如何理解这种双重所有的法律现象呢？自然资源国家所有意即自然资源法律上归属国家所有，自然资源全民所有意即自然资源实质上属于全民所有，国家所有即全民所有意即自然资源“法律上（形式上）国家所有，实质上全民所有”，这种双重所有权制度实际上是公共信托理论在自然资源管理领域的适用。

信托，源于英国，是英美法上一项十分重要的制度。其涵义是指委托人基于对受托人的信任，将其财产权委托给受托人，由受托人按委托人的意愿以自己的名义，为受益人的利益或者特定目的，进行管理或者处分的行为。[3]双重所有权是信托制度的基石，“信托制度将所有权区分为法律所有权和衡平法所有权，前者由受托人所享有，后者归属于受益人”[4]，但法律所有权（普通法上的所有权）仅是名义上的所有权，而衡平法上的所有权才是实质所有权，在二者发生冲突时，衡平法所有权优于法律所有权。英美法上没有公私法的划分，对于具有共同所有和公共使用性质的物没有建立起公法上的物权制度，但他们巧妙地将信托理论运用于公共管理领域，从而建立起类似大陆法系公法物权理论的公共信托理论，[5]这一理论成为国家管理、使用与保护自然资源的重要理论基础。为了有效保护作为信托人的全民的财产，公共信托理论延续了信托双重所有权的理念，按公共信托理论，自然资源属于全体人民所有，国家只是这些自然资源的受信托人，接受全体人民的委托管理自然资源。公共信托理论最初适用于水资源领域，后随着资源保护的需要而逐渐扩大到几乎所有的自然资源领域，甚至传统上认为属于无主物的渔业资源有学者也呼吁将其确定为全民所有的财产以加强保护，譬如在美国，针对日渐枯竭的渔业资源，有人建议，“应当象对待近海石油一样，把近海的鱼确定为全体美国公民的财产，建立年度捕捞的科学配额”。[6]在美国，

[1] 崔建远主编：《自然资源法律制度研究》，法律出版社 2012 年版，第 36—39 页。
[2] 张千帆：“城市土地‘国家所有的困惑消解’”，《中国法学》2012 年第 3 期。
[3] 参见我国《信托法》第 2 条。
[4] 于海涌主著：《英美信托财产双重所有权在中国的本土化》，中国政法大学出版社 2011 年版，第 30 页。
[5] 公共信托理论与公物理论虽然起源不同，但本质上是相通的，作用是相同的。英美法上以公共信托理论为基础建立起来的公共财产制度类似于大陆法系的公物制度（参见侯宇：“美国公共信托理论的形成与发展”，《中外法学》2009 年第 4 期）；而无论是公共信托理论还是公物理论，都表达了对公共信托资源或公物的公共用途的关注和对管理者处置其用途的权力的限制，因而，在维护公物的公共用途不受侵犯方面发挥了同样重要的作用（参见肖泽晟著：《公物法研究》（法律出版社 2009 年版，第 108—109 页）。
[6] [美]E•S·萨瓦斯著：《民营化与公私部门的伙伴关系》，周志忍等译，中国人民大学出版社 2002 年版，第 55 页。

公共信托理论不仅在司法实践中得到广泛应用，而且作为一项法律原则写入许多州的宪法和环境法中。

我国虽是大陆法传统的国家，但对具有共同所有与公共使用性质的物并未建立起公法上的物权制度，创设为国家所有的自然资源被作为民法上的物全部纳入物权法的范畴；[1]另一方面，虽然我国的法律传统中没有双重所有权理论，也没有衡平法的传统，但源于英美法上的信托制度则为我国所接纳，《中华人民共和国信托法》的制定标志着信托制度在我国落地生根，信托已广泛适用于国有资产管理、信托投资、遗产继承以及公益事业等领域。因此，在已建立起信托制度的我国，在自然资源领域植入信托理论并建立符合中国国情的公共信托制度没有任何法律障碍，可以取得与公物理论异曲同工的效果，而且公共信托理论避免了公物理论在自然资源保护方面的局限性，更有利于自然资源的全面保护；[2]在立法上，我国宪法关于自然资源双重所有的规定已逾三十年了，从法理的角度解读，这种基于公共目的所创设的双重所有制度最合理的理论诠释就是公共信托理论；实践中，以公共信托理论指导自然资源国家所有权的创设方能实现国家所有权的公共目的，使全民财产真正造福于全体人民。

以公共信托理论指导自然资源国家所有权的创设，需要从下列几方面明晰国家所有权的内容：

首先，自然资源国家所有权实质上是国家对自然资源的管理权。

在信托关系中，受托人所享有的所有权主要是一种管理信托财产的权利。信托，只是为了完成信托目的，将信托财产权宜性地交付给受托人管理而已，因此，在信托关系中，受托人作为信托财产法律上的所有权人，并不能行使财产所有权的全部权能，受托人享有的主要是一种纯粹管理性权利。[3]公共信托中的受托人也不例外，在自然资源领域，国家作为全民资源的受托人，享有的是对自然资源的管理性权利，我国宪法第 9 条第 2 款规定的国家对自然资源的管理与保护性权利与公共信托理论的基本精神完全一致。

从立法上明晰自然资源国家所有权主要是一种资源管理权对于保证国家所有权的正确行使、抑制国家所有权的滥用具有重要意义。在我国，立法上从民法通则到物权法都将自然资源国家所有权纳入民法上所有权的范围；理论上亦多将自然资源国家所有权等同于民法上的所有权，认为民法上所有权所包含的四项权能，即占有、使用、

[1] 参见《物权法》第 45 条、46 条、47 条、48 条、49 条、50 条。
[2] 在大陆法系国家，公物的成立是由物的公共使用目的所决定的，那些所有权归属国家但不能供公共使用的自然资源诸如石油、天然气、矿产、地下水等都不属于公物，只有那些能够供公共使用的公有水面、海洋、湖泊等方成立自然公物，因此，公物理论对自然资源的保护范围是有限的；而在英美法系国家，凡是本质上应归属全体人民所有的自然资源都属于公共信托资源，因此，在大陆法系国家不属于公物的矿产、能源等资源在英美法系国家都属于公共信托资源。相比较，公共信托理论对于自然资源的全面保护更具意义。
[3] 侯宇：“美国公共信托理论的形成与发展”，《中外法学》2009 年第 4 期。

收益和处分，在自然资源国家所有权场合也是存在的，甚至认为将自然资源国家所有权界定为具有私法性质的权利有利于所有权权能的发挥；[1]实践中各级政府更是如同私人所有者般如饥似渴地行使着对自然资源的占有、使用、收益及处分权能，很少考虑公众的诉求与利益，国家所有权的行使几乎不受约束，全民所有完全被架空。以武汉的城市湖泊为例，曾经，武汉市内数百个大小湖泊星罗棋布，遍布三镇，武汉当之无愧地被称为“百湖之市”，湖泊既是武汉市民的共同财富，它承载着城市供水、气候调节、美化环境等多重公用功能，然而，这个曾经享有“百湖之市”美誉的城市，近30年湖泊面积减少了228.9平方公里，50年来，近100个湖泊人间“蒸发”，目前中心城区仅存的38个湖泊，仍面临着继续被侵蚀的危险，湖泊周围除了政府的所谓市政工程外，布满了商业开发楼盘，不少楼盘均声称其建设用地都是通过招拍挂等合法程序取得的，[2]如果开发商所称属实，那么，武汉当地的政府则完全沦为填湖倒地的普通商人，他们与开发商相勾结，不断侵吞、蚕食着作为全民财产的公有湖泊，在他们身上根本看不到作为全民财产管理者的身影。因此，让国家回归管理者的角色已是我国国有自然资源管理的当务之急，是公共信托理论对受托人的基本要求，这不仅是当下全民的利益诉求，也是事关子孙后代的大事，有限的自然资源如果被当今的政府全部糟蹋完了拿什么去供养我们的子孙后代！

其次，审慎管理是国家对全民资源应尽的义务与责任。

信托关系的本质是一种信任关系，信托委托人是基于对信托受托人的信任方将其信托财产交付给受托人管理，因此，对委托人的忠诚、对信托财产的审慎管理是信托受托人的基本义务。这一原理同样适用于公共信托领域，在自然资源的管理中，对信托资源的审慎管理不仅是国家的权利，更是其应当履行的义务，这些义务包括：对作为委托人的全民的忠诚义务；对信托资源审慎的保护义务；保证信托资源持续服务于公用的义务；保证每个公民平等地享有和使用信托资源的义务；不得任意改变信托资源公共用途的义务；即使私人出价再高也不得转让公共信托资源的义务，等等。

从立法上突出国家所有权的义务内容对于推动国家积极履行对自然资源的管理与保护义务在我国具有特别重要的意义。仍以武汉的城市湖泊为例，为了保护这些城市湖泊，截止2011年，武汉已制定了《武汉市湖泊保护条例》、《武汉市湖泊保护条例实施细则》、《武汉市湖泊整治管理办法》、《武汉市中心城区湖泊保护规划》在内的20多部与保护湖泊有关的地方性立法，并成立了市委书记带头的“铁腕治湖小组”，专门治湖的规范性文件之多、体系之全、力度之大、涵盖之广，全国罕见，然而，20多部规范性文件加上市委书记的铁腕治湖，填占湖泊、污染湖泊的现象仍屡禁不止。

[1] 崔建远主编：《自然资源法律制度研究》，法律出版社2012年版，第47—48页。
[2] “武汉大量围湖楼盘涉嫌违规：万亩湖面缩至119亩”，《人民日报》2012年3月29日。

[1]在自然资源管理领域，各级政府及其职能部门普遍存在着“不闻不管、以罚代管、运动式执法、象征性处罚”的现象，管理者的纵容、包庇、支持、放纵，使得违法侵占、掠夺、破坏自然资源的现象呈愈演愈烈之势。除了随意侵食公有水面、湖泊外，为了发展所谓的地方经济而任由污染企业随意排污、肆意污染公共水面的现象亦非常普遍。云南滇池是一个天然高原湖泊，被誉为云贵高原上的一颗明珠，兼有城市供水、工农业用水、旅游、航运、水产养殖、气候调节等功能，近几十年来，云南省开发滇池的旅游资源，在周围地区建设了大量的宾馆、旅店、度假村等设施，大量的商业开发和经济利用，滇池的水质遭到严重污染，自上世纪八十年代起，滇池的水质以无法阻挡的趋势迅速恶化，蓝藻大面积蔓延，水功能逐渐丧失。国家自1996年起开始投入大量资金用于治理滇池的污染，且经费投入逐年增加，但治理效果却难尽人意，滇池的污染治理成了一个无底洞。最近又闻，云南有关方面说，滇池污染治理存在资金缺口，而且缺口高达80%，为此，正在审议中的《云南省滇池保护条例（草案）》拟以地方性法规的形式规定设立滇池保护专项基金，其中基金来源之一是拟对滇池流域2920平方公里范围内的五华、盘龙、官渡、西山、呈贡、晋宁6个县区的酒店、旅社入住者，按每人每天10元的标准，开征收取滇池生态资源补偿费。此消息一出，立即引发了舆论的轩然大波，社会舆论普遍认为，当地政府这种收取生态保护费的行为，其实是地方政府把自己应当承担的环保责任转嫁到游客的头上。不管该项费用最终是否会开征，有人一针见血指出，“滇池都已成为一个反面教材。滇池建国以来为云南省所创造的GDP，和今天治理滇池污染所需要的巨额投入是非常不相称的，滇池过去做的经济贡献和现在需要付出的经济代价相比，也是不相称的。这无疑是一种短浅的发展模式，只看到了眼下的GDP增长或其他一些利益。”[2]从这些公有水面、湖泊不断被侵蚀、污染的事例中不难看出，国家作为公有水面、湖泊、河流等全民资源法律上的所有者，没有履行好作为全民财产受托人应尽的信托责任和管理义务，甚至普遍存在着严重的渎职和失职。

再次，服务于全民利益是国家所有权的唯一目的。

在信托关系中，受托人作为信托财产法律上的所有权人，“并不享有为了自己的利益并按照自己的意志来支配它的权利，而只是负有为了出让人或者其所设定的其他人的利益并按照出让人的意志来支配它的义务”。[3]在公共信托关系中，自然资源本质上的全民所有决定了国家作为自然资源法律上的所有权人应当服从于全民的意志、服务于全民的利益，这既是法律上创设自然资源国家所有权的初衷，也是国家行使所有权正当性的基础，立法上应当明确国家所有权的公共利益目的。

[1] “城市流泪 武汉平均2年将消失3个湖”，http://www.water.hc360.com, 2012年5月9日。
[2] 杜晓：“云南拟收取滇池生态‘保护费’三问”，《法制日报》2012年8月9日。
[3] 张淳：《信托法原论》，南京大学出版社1994年版，第100页。

要让国家所有权的行使真正回归公共利益的目的必须从法律上遏制国家所有权主体对经济利益的追逐，若没有有效的制度约束，国家所有权主体牺牲公共利益、追逐经济利益几乎是必然的。在现实中，我国自然资源国家所有权的行使体现的多是地方政府主要官员的意志，追逐的多是地区利益、部门利益甚至个人私利。仍以武汉的填湖为例，填湖、污染所以屡禁不止，业内人士坦承，在高调护湖却填湖不断的怪圈背后，是地方和部门利益在作祟。依照国务院批复的武汉市城市总体规划，武汉市水务局起草编制了武汉中心城区 38 个湖泊“三线一路”(蓝线、绿线、灰线和环湖道路)保护规划。如果这个规划确定下来，离湖泊水域线 30 米以内作为绿化用地，严禁建筑开发。离水域线 330 米内，严禁高层建筑和高密度建筑，如果“三线一路”最终确定，就相当于给湖泊上了一道保护锁，再想填湖占湖就很困难了。然而，这个规划已费时几年，经过市政府会议多次讨论，至今未能最终定稿。每次讨论，总有一些区长提出不同意见，硬要将自己辖区内的湖泊说成鱼塘不予画线，或者要求缩小三线范围，湖泊周边的地块都是开发商眼中的香饽饽，区政府宁愿将湖填埋卖钱而不愿花钱保护。[1]类似的事例同样发生在东部沿海各省份的填海造地运动中，古今中外各国无不将海岸作为人类的共同财富对待，然而，近年来我国 11 个沿海省份纷纷发起了填海造地造房运动。以大连为例，大连是我国拥有海岸线最长的城市，自 2005 年起开始了填海造地运动，据大连海洋局的调查，至 2020 年大连的填海需求将达四五万公顷，而这种大规模填海造地运动的背后也是对经济利益的疯狂追求，填海造地每亩的成本不超过 20 万元/亩，而拍卖给开发商的价格平均 60 万元/亩，在巨大的经济利益面前，给环境带来损失的计算被彻底忽略了。在专家眼中，填海对自然的破坏是毋庸置疑的，它会减少湿地这一地球之肺，它会改变水动力流向从而使港口资源受到破坏，而长久以来形成的自然岸线显然比人工岸线更能抵御台风等恶劣气候的侵袭等。还有最大也是最难定量的，就是对生态系统的破坏。[2]更令人哭笑不得的是，各地原本以保护自然资源为由建立的各类自然保护区已逐渐沦为“保护开发区”，一些重要的国家级自然保护区甚至面临解体的危机。[3]湖南张家界武陵源风景名胜区、江西庐山风景区、黑龙江五大连池风景区等列入世界自然遗产名录的风景名胜区因过度开发和人为破坏被联合国遗产委员会官员黄牌警告……。这种对地方利益、部门利益甚至个人利益的疯狂追求使得地方政府的官员们在自然资源的利用方面丧失了起码的理性和对自然规律的敬畏，他们以短视的目光过度消耗着有限的自然资源，丝毫不考虑给生态环境带来的破坏和给子孙后代埋下的祸患，本以保护自然资源、服务于全民利益为目的创设的国家所有权在运行中反成为糟蹋自然资源的最大制度性祸害，国家所有权所承载的公共利益以及权利行使的正当性已荡然无存。

[1] “城市流泪 武汉平均 2 年将消失 3 个湖”，http: //www.water.hc360.com, 2012 年 5 月 9 日。
[2] 参见“填海‘大跃进’：大规模填海造地造房运动的背后”，《南方周末》2011 年 8 月 13 日。
[3] “自然保护区沦为‘保护开发区’”，《经济参考报》2012 年 7 月 2 日。

当然，公共信托理论只是解决国家作为自然资源法律上的所有人应当如何作为，实践中，要让国家回归受托人的本位，防止国家所有权行使中的越权、滥权和腐败，还必须建立起有效的约束机制，因其涉及的问题较多，容另行讨论。

四、自然资源国家所有权的代表者与管理者

由于国家本身也是一个抽象的主体，因此，国家所有权在运行中还需要具体的代表者。根据我国《矿产资源法》、《海域使用管理法》、《水法》、《草原法》等资源法和《物权法》的规定，除法律另有规定的外，我国的自然资源国家所有权都是由国务院代表国家行使。但面对庞大、散布的自然资源，国务院事实上不会也不可能直接去行使所有权，我国自然资源国家所有权代表者的集中统一只是形式上的，实际上却是分散代表的。在实际运行中，自然资源国家所有权的代表者在纵向上被分解为各级政府的分级代表，资源分布在哪个区域，这个区域的政府即成为该资源的实际控制人和事实上的代表人，我国的自然资源基本上处在一种“谁控制谁代表、谁代表谁利用、谁利用谁收益”的状态，而地方政府面对国有资源，关心的不是抽象的国家所有或全民所有所承载的公共利益，而是资源的开发利用给地方财政带来的收益和给本届政府带来的政绩，在经济利益的趋动下各级政府普遍将收益最大化作为所有权行使和资源利用的唯一目标，“国家所有”完全成了摆设，“全民所有”更成了不着边际的概念，宪法关于“国家保障自然资源的合理利用”的规定更是成了一句空话。地方政府的这种短视行为和角色的错位直接造成资源利用的低效率、浪费、破坏和污染，“重眼前、轻长远，重开发、轻保护，重利用、轻治理”成为我国自然资源利用领域最为突出的问题。

在资源的管理方面，我国通过在各级政府设立对应的资源行政管理主管部门的做法行使自然资源的管理权，资源管理部门接受同级人民政府与上级主管部门的双重领导，上下级管理部门之间以分级审批的方式划分彼此之间的管理权限，这种管理体制表面上看十分严密，实际上漏洞百出：首先，平行的管理部门之间的相互掣肘使资源的管理难以合力为之。不同的资源由不同的主管部门管理是一种典型的分割管理，这样的管理体制造成不同的资源管理部门在职能配置方面要么交叉重叠，譬如资源使用的重复许可与重复收费，要么形成管理的空白，有些需要管理的资源找不到主管部门；同时，在行业管理和部门立法的双重作用下，立法上又针对同一资源的不同使用形态设置了不同的行政主管部门，导致对同一资源的多头管理，譬如水资源的主管部门是水利部门，但是城市地下水的开发利用与保护部门是建设行政主管部门，农业用水的主管部门是农业行政主管部门，渔业水域生态环境和水生野生动植物的主管部门是渔业行政主管部门，水上运输的主管部门是交通运输管理部门，娱乐用水域进行管理的部门是旅游行政主管部门，湿地保护的行政主管部门是林业部门，而向水体排污的主管部门则是环境行政主管部门，这种“九龙治水”的管理模式造成了大家都有权

管，但要真正进行管理时大家又都缺少足够的权力；特别是在现行体制下，受部门利益牵制，各部门的管理权力难以真正做到从维护公共利益的角度出发，有时权力的行使反成了维护本部门利益的工具和手段，“各怀心思、各具私心”的各管理部门之间难以进行真正的协调甚至相互掣肘，这使得对资源的管理难以形成合力。其次，资源管理部门的双重领导体制使得资源管理不得不屈从于地方政府的资源开发需要。在国家所有权地方化的背景下，作为地方政府职能部门的资源行政管理部门不得不服从于地方政府的资源开发利用，当资源的开发利用与资源的管理发生冲突时就只有开发、没有管理了。以内蒙古鄂尔多斯煤炭开采为例，鄂尔多斯以探明储量 1244 亿吨、远景储量占内蒙古一半、全国的六分之一的煤炭储量而成为本世纪我国重要的能源接续基地，但在这个基地，煤炭开采中的浪费与破坏性开采令人痛心不已，面对如此掠夺性的开采，我们没有看到资源行政主管部门任何积极的管理行为，看到的恰是相关职能部门对这种乱象的纵容甚至支持。[1]再次，中央主管部门对地方政府资源利用的审批控制权基本上形同虚设。为了遏制地方政府对资源的过度利用，我国法律上赋予中央政府主管部门对地方政府资源开发利用的监管权，主要是对一定规模或数量以上的资源开发利用的审批权，但地方政府通过化整为零的方式轻易就绕过了中央主管部门的审批，而以中国之大，中央主管部门的触角很难及时延伸到各地方，就是被中央发现了，也很容易大事化小、小事化了。仍以前面提到的大连的填海造地为例，海域管理法明确规定，要填海必须首先取得海域使用权证，超过 50 公顷的填海项目必须由国家海洋管理局审批，但大连的填海项目无一是通过国家海洋局审批的，由于对地方政府以化整为零方式架空中央主管部门审批的行为缺少相应的制约措施，中央资源行政主管部门对地方政府资源使用的审批与监管基本上形同虚设。

基于上述分析，我国自然资源国家所有权的创设除了应通过立法还原全民所有、国家管理的本质外，还应当对自然资源国家所有权制度以及所有权的代表人制度与管理人制度进行必要的改革，具体构想如下：

首先，在自然资源国家所有权的创设方面应当改变目前单一所有和集中代表的做法，实行中央与地方的分级所有与分别代表，将不同类型的自然资源按其性质划分为中央所有和省级所有两级所有，中央所有的资源由国务院代表，省级所有的资源由省级人民政府代表。

从域外的制度经验看，对于创设为国家所有的自然资源立法上很少采单一的国家所有与中央政府唯一代表的做法，通常都依自然资源的不同属性在中央与地方之间进

[1] 有媒体将鄂尔多斯煤炭开采中的问题归纳为：高厚煤层区：采一丢十令人心疼，房柱式炮采：吃少丢多隐患无穷，小煤窑开采：“老鼠打洞”暴殄天物。“鄂尔多斯煤炭正在经历浪费和破坏性开采”，《经济参考报》2005 年 7 月 25 日。

行合理的所有权划分，归属中央所有的自然资源由中央政府或联邦政府代表国家行使所有权，而地方所有的自然资源则由地方政府或地方自治团体作为所有权的代表，譬如在美国，水资源基本都是州所有和管理。在市场经济条件下，各区域、各地方在统一的国家利益之外事实上存在着特殊的区域利益诉求，一味强调资源的集中、垄断和单一的国家所有，是一种无视资源区域利益的行为，这样的制度设计不仅不利于调动地方政府在资源保护中的积极性，反而造成地方政府在资源开发利用中的短视行为，因此，如何平衡中央利益与区域利益是自然资源国家所有权创设中十分重要的问题；而且，我国的资源规模十分庞大，资源分布极不均衡，将所有的资源都设定为单一的国家所有并由中央政府集中代表事实上是做不到的，实行资源的分级所有与属地化管理是必然趋势。因此，可以按资源的不同功能、性质在中央与地方之间对资源的权属进行合理的划分，对于那些直接关系全民利益、国家安全的资源直接设定为中央所有，具有局面性特征、实际上只能由资源所在地的人民共同享有和管理的资源可以设定为地方所有；同时，实行资源的分级所有与分级代表也是划分资源保护、管理职责权限的要求，对于中央所有的资源主要由国务院及其授权部门履行所有者的职能，对于地方所有的资源主要由地方政府及其授权部门履行所有者的职能。

其次，改革现行的资源管理体制，以资源的经营性管理与综合性管理分离为基础分别建立自然资源的经营性管理体制和综合性管理体制。

在自然资源的管理权能中，一部分权能是代表国家履行对资源的经营性管理职能，包括资源使用的出让许可与收费，对资源使用权的授予与登记，对资源的开发利用以及相对人遵守资源法情况的监督检查，对违法利用自然资源相对人的处罚和制裁，对资源使用中的争议纠纷的调处等；还有一部分职能是代表国家履行对资源的开发利用与保护的综合性管理职能，包括制定有关自然资源管理的政策、规定，建立资源的调查、统计、登记、监测体系，编制资源开发利用与保护的总体规划，规定和控制可以开发利用的资源的范围，针对不同类型的自然资源建立相应的保护和管制制度等。之所以将自然资源管理中的两种职能分开来是因为两种职能的性质和功能是不同的：经营性管理职能侧重于资源的开发利用，而综合性管理职能侧重于资源的保护；经营性职能是一种微观的、直接的管理，而综合性管理是一种间接的、宏观的管理；经营性管理因面对不同类型的资源，涉及资源管理的专业性和差异性，而综合性管理涉及资源管理的系统性、整体性，要求超越特定的、具体类型的资源，以整体的自然资源为管理对象、以不同门类自然资源的共性为基础、以不同门类自然资源之间的相互关系为协调和纽带进行一体化的规划与管理。以上差异体现在管理体制的设置和管理权力的配置上，对于经营性管理可采“相对集中、适度分散”的模式，从事经营性管理的资源管理部门可以在“明晰职能、避免交叉、覆盖全面”的基础上设置；对于综合性管理应采集中统一的模式，应将现行各经营性管理部门中的综合性管理权力从经营

性管理权力中分离出来、将现行各管理部门中分散的综合性管理权力集中统一起来，从而建立完整统一的资源综合利用的决策、规划与管制体系。此外，在资源分级所有与分别代表制度建立后，自然资源的管理体制也应当在中央与地方分别创设，为了加强对国有资源的监管和体现分级所有，对归属中央的自然资源，中央政府可以根据需要设定区域性的或流域性的管理机构代表中央政府履行对资源的管理职能，而对地方所有的自然资源，则应由地方自主管理。

五、创设自然资源国家所有权的决定性因素

在我国，宪法第 9 条第 1 款是创设自然资源国家所有权的最高法律依据，但该条规定在列举的自然资源外加了一个概括性的“等”，这个“等”是等内等还是等外等？对它的不同理解直接涉及有关创设国家所有权的资源立法能否超越宪法第 9 条第 1 款规定的范围创设新的自然资源国家所有权，对此，宪法未作明确规定。从关于自然资源国家所有权的立法实践看，我国立法机关显然是将宪法第 9 条第 1 款中的“等”理解为等外等，这从关于自然资源的具体立法上可以明显看出，譬如野生动物资源、海域、无居民海岛、无线电频谱资源等都已经超出了宪法第 9 条第 1 款所列资源的范围而被具体的法律创设为国家所有。自然界的自然条件与自然因素很多，远不止上述立法所规范的那些资源，而且，迄今为止没有一个国家将所有的自然条件与自然因素全部纳入法律的规范范畴，更不用说纳入国家所有权的范畴了。那么，哪些自然资源可以设定为国家所有？设定自然资源国家所有的决定性因素有哪些呢？我们认为，一项资源是否应创设为国家所有，至少应当结合考虑下列因素：

第一，资源的稀缺性。

法律上创设所有权的初始目的是定纷止分，而定纷止争的本质是解决资源的有限与需求无限之间的社会矛盾，稀缺意味着相对于需求而言，资源的供给是有限的，它无法满足所有人的需求，通过创设所有权可以明晰资源的归属，进而解决因资源的分配不足引起的纷争。因此，稀缺是创设所有权的前提，如果某一类资源在现有技术条件下和人们可预期的时间内是取之不尽、用之不竭的，那就不存在针对这类资源创设所有权的条件。2012 年 6 月 14 日，黑龙江省以地方性法规的形式发布《黑龙江省气候资源探测与保护条例》，条例的主要内容之一就是规定风能、太阳能等气候资源的国家所有。该条例一出即引发巨大的争议，其中争议的焦点之一就是：风能、太阳能等气候资源在现有的技术条件下且在可预见的将来都属于取之不尽、用之不竭的，将其创设为国家所有必要性何在？还需要明确的是，资源的稀缺只是创设所有权的基本条件而并非创设国家所有权的基本条件，因为在很多情形下创设私人所有权恰恰是有效解决资源稀缺的重要制度安排。

第二，资源与公共利益的关联程度。

资源与公共利益的关联程度是自然资源是否应创设为国家所有第二个方面的决定性因素。资源与公共利益关联程度的判断标准之一是资源与人类生产与生活的联结程度。虽然所有的自然资源都与人类的生产与生活（公共利益）密切相关，但具体到某一特定类型的自然资源，其与公共利益的关联程度是存在差异的，有的资源譬如水、大气、海洋等构成一切生物繁衍生息与人类生存的基本条件，它们对于人类的生存与生活具有特殊重要的意义，这类资源按其功能和作用必须设定为全民所有，而有些资源譬如草原、森林、野生动植物等按其功能和性质不属于生物繁衍和人类生存的基本条件，而且由不同的主体所有、使用和管理，其收益和效益存在着很大差异，这类资源完全可以采多元化的所有权结构，根据其与公共利益关联程度的高低分别创设为国家所有、地方自治团体所有（集体所有）或私人所有；资源与公共利益关联程度判断标准之二是资源的开发利用与可持续发展之间的关系。对于生生不息的人类来说，资源的开发利用不仅是当代人的需求，也是子孙后代的需要，特别是对于那些存量固定、不可再生资源的开发利用，直接涉及当代人与子孙后代之间的利益关系，将这类资源设定为国家所有主要是为了保证这类资源的合理开发利用、平衡当代人与子孙后代之间利益关系的需要，这也是世界上大多数国家通过立法将矿产、能源等资源从土地所有权中分离出来并设定为国家所有的原因；资源与公共利益的关联程度判断标准之三是资源开发利用的外部性。在经济学上，外部性(externalities)又称外部效果(external effects)或外溢效果(spillover effects)，它是指“交易中未加考虑而应由第三者承受的效果”，[1]外部性有正外部性（外部经济）与负外部性（外部不经济）之分，我们这里所指系资源开发利用中的负外部性问题。在自然资源的开发利用中，不同类型的资源其开发利用产生的负外部性是不同的，有些资源譬如风能、太阳能的开发利用基本上没有外部性的问题（人们将这类资源的开发利用生成的能源称之为清洁能源），而有些资源的开发利用则具有极强的外部性，譬如矿产资源、地下水的开发会引起地面沉降，森林资源的过度砍伐会造成土地沙化、水土流失，资源开发中的外部性直接造成了少数人受益而多数人受损的局面，而这一问题靠政府之外的市场力量是无法解决的，这也是为什么有些自然资源不能分割适用于私有的原因所在。以上的分析可以看出，自然资源国家所有权的设定与该资源与公共利益的关联程度是密不可分的，资源的开发利用与公共利益的关联程度越高，该资源创设为国家所有的必要性越强。

第三，创设国家所有权的成本与效益。

成本与效益衡量是创设自然资源国家所有的第三个决定性因素。一项制度的设计只有在收益高于成本时这样的制度设计才是有意义的，自然资源国家所有权的设计也不例外。某一资源一旦创设为国家所有，涉及到法律的适用、执行、监督、保障等一

[1]丹尼尔.F.史普博著：《管制与市场》，中译本，上海三联书店 1999 年版，第 3 页。

整套机制的建立，这些都需要成本支持，如果创设某一类型自然资源国家所有权的执行成本太过巨大，那么，这样的所有权创设是值得怀疑的。仍以《黑龙江省气候资源探测与保护条例》为例，立法规定气候资源国家所有并为气候资源探测设定了探测许可，虽然普遍认为黑龙江的这一立法是一种典型的设租行为，但有人指出，政府能否得到设想的租金还不确定，“因为风是流动的，它不会因为在黑龙江被利用了或不被利用，在吉林或者其他地方就不能被利用；太阳也不可能仅照在黑龙江的大地上，而其他地方就整天漆黑，这样，如果一个地方限制对这类特殊资源的开发，那么，开发者完全可以选择到其他地方进行开发。这样的法律只能起到限制当地这类产业发展的作用而已。”[1]有人推测，宪法及法律之所以没有把风和阳光等气候资源创设为国家所有，就是由于调节和管理这类流动性极大的特殊资源会引发无法想象的巨额社会成本，世界各国也都没有把风和阳光等气候资源设定为国家所有的先例。另一方面，自然资源过度国有化还可能导致对国有资源的肆意掠夺、侵占和破坏等极端现象的发生，本以资源保护为目的的制度创设结果反而导致了资源的破坏，这是成本与效益在另一层面的不成比例。在我国，虽然主张自然资源国有化的势力十分强大，但面对庞大的国有资源，管理者实际上既没有足够的管理能力，也没能足够的管理动力，他们不可能象私人那样去呵护国有资源，这会导致单位和个人对资源的竞相掠夺、侵占和破坏，宪法第 12 条关于“社会主义的公共财产神圣不可侵犯”规定在不少自然资源领域事实上已沦为“社会主义的公共财产谁都可以侵犯”的境地。自然资源国家所有权的制度设计并非是最完美的制度，只能说是人类到目前为止所能找到的在自然资源的管理和保护中较为适合的制度，不可夸大国家所有的作用。“中国建立在自然资源公有产权基础上的制度安排带来了中国自然资源普遍浪费与破坏本身就已说明，单一的自然资源公有产权已经筑成自然资源合理开发利用的障碍。”[2]

第四、公益与私益的平衡。

公益与私益的平衡是创设自然资源国家所有第四个决定性因素。所有权的创设问题实质是一个资源的分配问题，在自然资源上是否应创设为私人所有权实质上是自然资源能否在国家与私人之间进行自然资源的合理分配。从我国自然资源所有权的创设看，我国的自然资源分属国家所有与集体所有，但以国家所有为主，集体所有为辅，完全排除了私人所有。反观域外的制度设计，没有一个国家绝对排除自然资源的私人所有的，多是在国家与个人之间进行合理的所有权划分或者对天然状态下的资源不进行所有权的制度设计而按先占原则确定所有权的最终归属，凡设定为国家所有的那些资源往往都是具有较强公共性的资源，而那些公共性较低但可以满足不同群体的不同

[1] “黑龙江出台条例设定太阳能风能探测开发门槛，专家称条例存设置行政审批之嫌”，《法制日报》2012 年 6 月 20 日版。

[2] 肖国兴、肖乾刚：《自然资源法》，法律出版社 1999 年版，第 73 页。

需求、可以由不同的主体进行所有和管理、不同主体的所有与管理会带来完全不同的收益效果的资源则在国家与私人进行所有权的合理划分，或直接设定为私人所有。在我国，绝对的国家所有忽视了对私人资源利益的尊重和保护，并产生了严重的资源分配不公：一方面几乎所有具有重要经济价值的自然资源都被国有企业以“代表国家开发利用”的名义无偿占有和垄断，私人使用这些资源的权利被完全剥夺了；另一方面，按性质只能由个人使用的自然资源则在“国家所有、有偿使用”的口号下以高价拍卖的方式出让，甚至在被创设为国家所有之前已为私人世世代代所拥有和使用的一些资源（譬如渔民使用的传统渔场、水域、滩涂）在被创设为国有后也由地方政府收回并以有偿方式重新出让。而且，机械的国家所有甚至会出现立法上无法自圆其说和实践中难以执行的尴尬。譬如依《野生动物保护法》第 3 条的规定，野生动物资源属于国家所有。第 17 条规定，国家鼓励驯养繁殖野生动物。那么，驯养繁殖的野生动物的所有权归属于谁呢？从该法第 3 条的规定看，似乎也应属于国家所有，其他诸如承包人通过承包经营荒山、荒地等形成的树林、草原等，其所有权是否也应当属于国家呢？如是，有多少人会愿意为付此付出劳动与艰辛去为国家无偿创造财富呢？因此，自然资源所有权的创设必须兼顾公益与私益，我国自然资源所有权的创设应当改变目前这种单一的国家垄断主要自然资源的结构，逐步向着自然资源所有权多元化的结构模式转变，除了在中央与地方之间实行合理的分级所有外，还应当在国家与个人之间进行资源所有权的合理划分，譬如森林资源，除了国家所有与集体所有的外，对于私人承包荒山、荒地种植的森林应当承认其所有权归属于承包经营者所有，如此，方能充分调动农民垦殖的积极性，其他诸如矿产资源、水资源、草原等也都应当按照其经济价值、储量或分布在国家、集体与个人之间进行合理的所有权划分。

结语

自然资源国家所有权创设中涉及的问题还有很多，诸如自然资源国家所有权的创设权限（什么样的法律文件可以创设国家所有权）、创设事项（什么样的自然资源可以创设为国家所有）、创设程序（通过什么样的法律程序创设国家所有权）等等，限于篇幅，本文未能一一讨论。

自然资源国家所有权公权说再论

巩　固*

内容提要：从宪法与民法之别、权利与权力之别以及宪法第9条的完整表述来看，资源国家所有权的公权性确定无疑。作为国家对于公共资源的一种“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，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。在实践层面，资源国家所有权只有衍生出以资源实际利用者为主体、以对资源物的合理利用为内容的私权性的“资源利用权”，才能真正形成资源利用秩序。日常生活中在民法层面使用的“国家所有权”的本质是“公共法人所有权”，其并非严谨的法律概念，其成立须一系列条件支撑，范围较窄，其与“宪法国家所有权”的区别是划分“国有私物”与“国有公物”的前提。资源国家所有权来源于主权但不等于主权本身，其为资源主权的积极行使创设权力载体和概念装置，具有重要意义。

关键词：自然资源　国家所有权　公权　私权　主权

拙文《自然资源国家所有权公权说》完成以来，[1]得到诸多师长学友批评指正，受益匪浅。一年多来，学界对此问题的关注持续升温，不断有新作问世，视角更加开阔，观点更加多样。但总体看来，相关争执仍然激烈，更加充分的深度探讨仍有必要。在相关讨论中，笔者也感觉到，资源国家所有权“公权化”的必要性和基本内容尚未引起足够了解和关注，此既有笔者前文囿于篇幅，一些关键地方未及详述之故，也是当时一些认识尚为模糊未清楚表达所致。近来，在学界相关研究启发下，笔者在此问题上的思考更加深入，疑问渐趋明朗，故再撰此文，对“自然资源国家所有权公权说”详加阐释，对未充分表达之处加以补充说明，对瑕疵观点加以修正，对一些疑问作出解释和回应，以推进研究的深入，并期待更多师友批评，进一步推动理论完善。

正式讨论前，必须说明的是，自然资源国家所有权（以下简称“资源国家所有权”）

* 巩固，浙江大学光华法学院副教授，博士生导师。本文已发表于《法学研究》2015年第2期。

[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页以下。

是一个非常复杂的事物。不仅因为这一概念本身即相当抽象而多义，[1]更因为古今中外与此有关的理论、实践名目繁多、内容多样且变动不居，故相关讨论极易陷入名同实异、各说各话的境地。事实上，当前研究已呈现出视野与方法极其宽泛、研究前提和范围几乎不设限的特点，不同时空下的各类相关事物——从古罗马到前苏联、从英美法到大陆法以及新中国不同历史阶段的学说和实践无不受到挖掘和利用，成为不同论者的立论基础。这一方面拓宽了理论视野和可选方案的范围，另一方面又导致研究的过于开放而影响有效交流及共识。对此，笔者赞同崔建远教授的观点，即须先明确研究的意图与性质。“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]而无论从我国社会主义法律体系已基本建成、全面推进依法治国正砥砺前行的法治现状还是资源实践的迫切需求来看，从现行法出发、以实践问题的解决为旨归的“解释论”显然更为必要。本文也主要立于此立场进行探究。

从解释论角度来看，资源国家所有权研究所要做的，是在不违背现行法条和基本法理的情况下，通过对法律规范的阐释，谋求达到最佳社会效果的制度方案。对此，他国经验固然重要，但只是揭示规律的佐证和可供选择的参考，不应成为理论解释和制度构建的原点，法律规定、理论逻辑和社会实效才是据以判断的关键。另一方面，从中国社会整体尚处于现代化转型期，法治化程度有待提升，尤其“同推进国家治理体系和治理能力现代化目标相比，法治建设还存在许多不适应、不符合的问题”的现实来看，[3]解释的步子也要够大，不应过分拘泥于“立法者原意”和现实做法，尤其是实践中那些违背法理、实效不佳、应当被“改革”的做法。只要不与现行法相抵触、内在逻辑一致、不违背基本法理，即可放手解释，但方向必须是良好的社会效果，即资源利用的公平和高效。

一、资源国家所有权的性质：宪法性公权

对资源国家所有权法律性质的判断是该类研究的起点。关于资源国家所有权与民法物权的本质差异，笔者旧文已有详述。[4]这些差异说明，把资源国家所有权作为物权对待，运用民法理论来解释和适用，理论上站不住脚，实践中也欠良好实效。既然“欲做私权而不得”，就只能从公权的角度去理解，[5]这是“公权说”得以提出的根本原因，也是其存在的最现实理由。而从规范角度来看，宪法第9条的性质和内容更为从

[1] 无论自然资源、国家还是所有权，都具有多义性，更遑论其组合。

[2] 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。

[3] 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》。

[4] 参见前引〔1〕，巩固文，第20页以下。

[5] 当然，从逻辑上说，似乎还有一种可能，即资源国家所有权“既是公权，又是私权”或者说“公私兼顾”，此点也的确为不少学者所主张。但这种观点实际上是把资源国家所有权与其所衍生出的相关具体权利混为一谈的结果。同一权利，既公又私，这本身就是一个悖论。对此问题，笔者将另文详述。

公权角度理解资源国家所有权提供了充分的规范依据和解释空间。

（一）从宪法与民法的区别来看，宪法第 9 条不是民法规范，不具有民事赋权效果，国家不能依该条获得民事权利

如按“物权说”理论，国家可依宪法第 9 条获得对自然资源的民法所有权，无异于认为宪法规范具有民事赋权效力，从而有混淆宪法与民法之本质区别之嫌。宪法的属性以及宪法与民法的关系曾是我国学界长期争执的热门话题，聚讼纷纭之中，宪法的高级别性受到关注，其性质和功能的独特之处却被忽略。宪法与普通法律只有级别高下之分和内容繁简之别，性质上没有根本差异的“混同”观念曾大行其道。[1]在这种观念之下，宪法相当于抽象的概括民法或者说民法“基本原则”，民法则相当于具体的宪法或者说宪法的“实施细则”，宪法规范当然可以产生民法效果。然而，这种认识遮蔽了宪法通过规范国家权力来保障基本人权的核心价值和独特功能，[2]从根本上消解了宪法作为一种“宪法”的存在，并隐含着对其独立适用之可能性的否定，无法发展出现代法治意义上的宪政秩序，不应再继续坚持。[3]近年来，随着宪法研究的深入和法治实践的前行，这种不乏虚无色彩的宪法观已渐遭抛弃。宪法主要调整公民与国家之间的关系，民法调整私人之间的关系，二者调整对象和作用范围不同，目的、内容、功能及法律效果也不同的观点，受到广泛接受。更有一些学者对宪法财产权与民法财产权之区别进行了细致梳理，[4]虽然是针对私人财产的，但对于我们理解国家所有权也颇具启发意义。

一般认为，宪法财产权是一种人权性质的公权，是防御国家侵犯的消极权利，体现的是个人取得民事财产权的资格；而民法所有权是一种物权性质的私权，是排除与权利人居于平等地位的其他民事主体之侵犯并就物的支配贯彻自我意志的积极权利，体现的是权利人对物的直接支配力。“赋予单个权利人此种权限（指‘个人对其财产利益能单独地按自己之意愿进行使用并予以处分’，笔者注）之权利，也就是宪法

[1] 以往学界有关宪法本质及宪法与民法关系的诸多论断，如宪法是“根本法”、“母法”，“宪法不属于公法”、“宪法具有私法属性”、“既是公法，又是私法”或“既不是公法，又不是私法”，以及“宪法民法关系同位论”、“公法优位”、“私法优位”等，本质上都是一种忽视宪法与普通法律之根本差异的“混同论”。详请参见林来梵：《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 303 页以下；夏泽祥：《作为公法与根本法的宪法》，《法学》2012 年第 2 期，第 121 页以下。

[2] “宪法之所以成为最高法规范，乃因为其内容是以保障人类的自由权利不受任何国家权力之侵犯的规范为中心而构成的。”“宪法之作为‘自由的基础法’，乃是其最高法规范性的实质性的根据，而这‘实质意义上的最高法规范性’，构成了形式意义上的最高法规范性的基础，乃是真正支撑宪法之最高法规范性的所在。”[日]芦部信喜：《宪法》，林来梵等译，北京大学出版社 2006 年版，第 10 页。

[3] 长期以来，我国宪法被认为是只有造法依据功能的“母法”和价值宣示意义的“宣言书”，不具有直接适用性，与这种观念不无关系。

[4] 详可参见赵世义：《论财产权的宪法保障与制约》，《法学评论》1999 年第 3 期，第 7 页以下；林来梵：《针对国家享有的财产权——从比较法角度的一个考察》，《法商研究》2003 年第 1 期，第 54 页以下；李龙、刘连泰：《宪法财产权与民法财产权的分工与协同》，《法商研究》2003 年第 6 期，第 40 页以下。

上的‘所有权’。”[1]从这个意义上说，宪法所有权是对个人可依法获得财产并排除国家侵犯的宪法资格的确认，其本身并不能直接赋予公民以财产。因此，任何人都不能只根据宪法来主张对特定财产的排他支配，某人即使一无所有，也不能认为其宪法所有权未受保障。既然这样，又怎能认为宪法第 9 条具有此种效果？如果个人不能直接依据宪法拥有某物，国家又如何能够直接依据宪法拥有自然资源？

从法律效果来说，如果认为宪法第 9 条可直接产生民法效力，国家依据该条获得了自然资源的民法所有权，那么对于在立宪之前早已为无数公众以不同形式占有、利用着的各种资源物来说，宪法的通过无异于发生了范围极其广阔的“立法征收”，构成对广大利用者未经任何补偿的“一夜剥夺”，岂不荒谬，其正当性何在，而且也与现实不符。[2]

有学者提出宪法文件与宪法关系的区别，认为冠以“宪法”名称的法律文件往往内容不纯，“有时它也‘越俎代庖’地直接规定一些私法关系”。[3]也就是说，出现在宪法文件中的法律规范未必是“真正的”宪法规范，而可能是民法规范。应当说，这是一个大胆却颇为有力的反驳，如果其能够证立的话。然而，论者所列举的实例（如魏玛宪法第 118 条），不过是具有“第三者效力”的宪法规范。这类规范虽然为了充分保护某些易受侵犯的基本权利（如平等权）而对国家之外的社会主体提出了一定的义务性要求，但其本质上仍然是以调整国家与人民关系为核心内容的宪法规范，所谓的“第三者效力”不仅实践中极少适用，而且只能以宪法特有的方式“间接”进行，[4]与真正的私法规范不可同日而语。实际上，“第三者效力规范”的出现只是宪法发展中的一种特殊现象，有其特定的社会历史背景，并不契合宪法的宗旨及本性，不值得鼓吹和提倡。一旦宪法突破“国家—个人”的调整范围而直接介入私人纠纷，将不仅陷入为基本权利排序以判断冲突时何者优先的实践困境，更将丧失其因为独特而彰显的特殊重要性，失却其作为一种“宪法”的存在。因此，“这一理论从产生之日起，在经过了理论界的激烈争论之后，并没有在理论上和实践中产生明显的影响力，而是渐趋式微”。[5]有学者认为，“直接效力说仅在特定国家特定时期的特定法院（德国 20 世纪 50、60 年代

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

[2] “八二宪法”的通过本身并没有当然剥夺普通公民的资源利用权，时至今日，公众依然可以对许多在宪法上“属于国家所有”的自然资源进行直接利用。

[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 50 页。

[4] 如在德国、日本居于主流地位的“间接效力说”认为，宪法规范只能作为解释依据，通过私法规范中的一般条款或概括规定间接发挥作用。此种处理在实质上仍是依据普通法律判案，宪法起着“辐射”作用。而美国的“国家类似说”则需要把侵害宪法权利的私人行为视同为政府行为，理论上仍然没有超出“国家—个人”的二元框架。详可参见前引〔7〕，林来梵书，第 100 页以下；前引〔8〕，芦部信喜书，第 96 页以下；张千帆：《论宪法效力的界定及其对私法的影响》，《比较法研究》2004 年第 3 期，第 1 页以下；韩大元：《比校宪法学》，高等教育出版社 2003 年版，第 184 页以下；王锴：《基本权利的私法效力之比较研究》，http://www.iolaw.org.cn/showNews.asp?id=11067，2014 年 10 月 1 日访问。

[5] 参见上引韩大元书，第 184 页。

的劳动法院）发挥过作用，从未居于通说地位，反而是众多学者批判的对象。”[1]而即使迂回曲折的“间接效力说”也因“在理论逻辑和实践效果上仍然有相当大的缺陷”，[2]“很难克服其逻辑论证的不融贯性”，[3]而遭实践抛弃。若以此类规范的存在来否认宪法与民法之别，未免解读过度。而退一万步讲，即便认为这种规范具有私法属性，宪法第 9 条也不属于这种规范，因为其通篇只提及“国家”与“任何组织或个人”两大主体，属于典型的“国家—个人”关系条款，不存在任何第三方，没有多种解读之可能。另外，该权的主体是“国家”，与以强化个人保护为宗旨的“第三者效力规范”存在根本差异。

论者坚持国家所有权具有私权性的另一理由在于法律概念的统一性，其逻辑为：“所有权本身是源于民法的概念”——“所有权概念具有形式统一性”——“所有权概念的使用必然使国家所有权涵盖私法所有权”。[4]也就是说，所有叫“所有权”的法律概念必然有其共通特征，而这些特征必然包含作为这一概念之源头的民法的特征，资源国家所有权既然是一种“所有权”，当然也具有民法属性。应该说，这是理论界比较有代表性的一种观点，也是诸多学者尽管并不否认资源国家所有权区别于传统物权的诸多差异，但仍然坚持或者不愿放弃私权性判断的根本原因。笔者认为，这还是一种局限于民法视野的认识。由于所有权在大陆法系民法中有着基石作用，故民法学者容易形成“所有权是民法概念”的思维定式，一看到法律规范中有“所有权”甚至仅仅“所有”字样，即当然归之民法麾下。[5]事实上，现代法律体系中，民法领域之外，在公法、国际法等领域，体现所有或财产意味的法律事物屡见不鲜，其虽然脱胎于民法，但一旦运用到不同场域，主体、客体、内容及性质往往发生根本性变化，已非民法理论所能解释。[6]当然，对于“所有权概念具有形式统一性”的一般性判断，笔者并不否认。一个法律事物，既然使用“所有”而不是其他词汇来表述，当然会有最低限度的共通特征。但这一特征，却未必是为我国所借鉴的大陆法系民法物权意义上的那种“私人所有权”的特征，因而未必意味着私权属性。事实上，论者所列举的可以作为判断“所有权概念的形式统一性”的三种英美法理论中的所有权，[7]也并非大陆法系民法那种有着严苛成立条件、作为物权制度之根本的“绝对所有权”，而是极其灵活、宽泛，性质庞

[1] 于飞：《基本权利与民事权利的区分及宪法对民法的影响》，《法学研究》2008 年第 5 期，第 54 页。
[2] 同上文，第 55 页。
[3] 参见王锴：《基本权利的第三者效力论证的检讨》，http://www.chinalawedu.com/news/21601/21626/2006/3/zh001918381033600023306-0.htm，2014 年 10 月 1 日访问。
[4] 参见前引〔13〕，王涌文，第 54 页。
[5] 事实上，宪法第 9 条也并未使用“所有权”概念，而是表述为“属于国家所有”。这里所谓“国家所有权”只是为使用方便而对该规定的一种简称而已。
[6] 典型者如公法上的“全民所有”、“国家所有”，国际法上的“公海”、“世界文化遗产”、“人类共同财产”以及“租借”、“托管”等。
[7] 分别为美国学者霍菲尔德、英国学者奥诺里和法官麦克白的理论，详可参见前引〔13〕，王涌文，第 52 页以下。

杂的英美法中的“概括所有权”。[1]因此，即便能够证明资源国家所有权符合这些“所有权”的特征，也只能说明资源国家所有权确实是一种“所有权”，或者说将之命名为所有权是有道理的而已，并不能说明其就是我国民法中的那种所有权，甚至并不能证明其到底是私权还是公权，因为英美法中的所有权本来就是一个宽泛概念，可以包含公权性内容，而我国民法以大陆法系为模板所建立起来的作为纯粹私权的“绝对所有权”则不可。其实，如果一定要说所有权概念有什么共通特征的话，那无非就是表征权利人与客体之间存在某种“归属与支配”关系。但这种归属与支配，既可能是私法层面、私权性的，也可能是公法层面、公权性的。而大陆法系中的民法所有权只是对前者的指称，不能因其使用更加普遍而抹煞后者的存在。

（二）从权利与权力的区别来看，宪法第 9 条也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

如果宪法第 9 条不是具有民法效力的私权规范，那么它是否是一个宪法基本权利条款，意味着对“国家取得民法所有权的资格”的认可？[2]笔者认为也难成立。

通说认为，宪法权利是以“防御国家侵害”为指归的权利。正如诸多论者指出的，按此逻辑，如果宪法第 9 条是基本权利条款的话，国家所有权就成了“国家防御国家”或“自己对抗自己”之权，岂不荒谬？虽然有学者认为，“国家”未必不可以成为基本权利主体，但其举的可能受到国家侵害因而应当享有基本权利的实例却是有民事主体资格的“法人”而非“国家”。[3]从法理上说，某些具有公共属性的法人在代表国家行使公权力时，其本身即为国家的一部分，是不可能受到国家侵犯的，即便与另外一个代表国家的公权力主体（如上级政府或其他部门）发生争议，也属于“国家内部关系”，而非国家与人民之关系。而当这些法人作为普通民事主体从事非权力性活动时，虽有可能遭受其他公权力者的侵犯，但此时其完全可以行为时的非权力主体身份来主张和行使基本权利，并不需要在宪法中另行规定。否则，几乎一切可由法人享有的基本权利也都有必要另以国家为主体重述一遍，岂不荒谬？另外，如果认为该条是基本权利条款，也会出现同一宪法文本中的国家，既是公权者又是私权人、既是公权力的享有和行使者又是公权力的对象和对抗者、既优于私人又与之平等的身份双重性，不仅矛盾，而且如何识别？

其实，从“个人—国家”、“权利—权力”二元对立的宪法学视角来看，宪法第 9 条

[1] 英美法中并不存在与大陆法齐整对应的所有权概念。学者考证认为，直到 16 世纪才在普通法中出现的 ownership，“是一个没有确定形态和内涵的、相对性的概念，缺乏大陆法上所有权的统一内涵，更不是超然于各种具体权利之上的绝对的所有权”。咸鸿昌：《英国土地法律史》，北京大学出版社 2009 年版，第 249 页。
[2] 税兵：《自然资源国家所有权双阶构造说》，《法学研究》2013 年第 4 期，第 13 页以下。
[3] 如主张言论自由的公立电视台、主张学术自由的国家研究机构，或代表国家行使国有财产权的机构等。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；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，第 175 页。

理解起来并不复杂。“基本权利只能存在于‘国家—人民’这一特定法律关系背景中”，[1]其之所以被认为是“对抗国家的权利”，只是因为其是以与国家相对的个人为主体的权利而已。也就是说，“防御国家侵犯”是宪法中以个人为主体的权利的特征，而非以国家为主体的权利的特征。当权利主体由“个人”转换成“国家”之时，权利的内容和效果也相应由“个人对抗国家侵犯”转化为“国家对抗个人防御”，或者说从“防范国家侵犯”变成认可国家“侵犯”，[2]从而在性质上转化为具有强制力和优先性的“国家权力”。从这个意义上说，宪法第9条确实是一种“赋权条款”，只是其赋权的主体是国家，内容是权力而已。这一认识，并不存在什么难以接受的逻辑障碍，尤其结合该条所处的体例位置——宪法“总则”而非“公民基本权利义务”，以及并未使用“权利”字样的客观表述来看，更加如此。至于为何要在宪法中明确国家的资源权力，其与其他国家权力有何不同，下文另述。

（三）从法律条文的客观表述来看，资源国家所有权也只能是公权

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

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

其次，从主体角度来看，“国家所有，即全民所有”表明资源国家所有权的主体是与“全民”相等同意义上的“国家”。而“全民”并非特定时空下的具体国民个体的集合，而是不断生老病死着的一国人民之整体，这种抽象的整体性概念，显然无法成为民法所有权的主体。[3]而这种意义上的“国家”，只能是作为公共利益和公共意志的集合、可代表人民行使权力、因而居于优越地位的“主权国家”，而非被假设为全民之一员、与普通民事主体地位平等的“民事国家”。而前者也正符合宪法中的“国家”的应然身份和一般样态，不会出现作为私权主体而与宪法文本中的其他“国家”概念“不兼容”的问题。这里要特别指出的是，在宪法中规定某些或全部自然资源归属于全民意义上的国家，并非中国独创，而是一个常见现象。如伊拉克宪法第111条规定“石油和天然气属于伊拉克所有人民”、阿联酋宪法第23条规定“每个酋长国的自然资源与财富被视

[1] 前引〔16〕，于飞文，第55页。
[2] 国家权力在本质上就是一种对个人自由和权利的必要的、正当的“侵犯”。
[3] “所有权的主体、客体都必须是具体的；抽象的主体无法形成民法意义上的所有权主体。”孙宪忠：《“统一唯一国家所有权”理论的悖谬及改革切入点分析》，《法律科学》2013年第3期，第61页。

为该酋长国的公共财产”、阿塞拜疆宪法第14条规定“自然资源应该归属阿塞拜疆共和国”、吉尔吉斯共和国宪法第4条第2项规定“吉尔吉斯共和国境内的土地、地下资源、水资源、领空、森林、动植物界和一切天然财富均为国家财产”。显然，这里的归属者是“人民”还是“国家”，并没有实质差异，而这种“所有”也明显区别于民法意义上的私权性所有。对此，《中华民国宪法》第143条表现得更加直观。该条规定：“中华民国领土内之土地属于国民全体，人民依法取得之土地所有权，应受法律之保障与限制。”很显然这里的“属于国民全体”与“人民所依法取得之土地所有权”并非同一层次的“所有权”，否则就违背“一物一权”了。从该条表述也明显可知，前者是主权性表述，后者才是民法所有权。

再次，从时间向度来说，只有公权才符合这一带有永恒色彩的绝对化表述。宪法第9条规定的“自然资源属于国家所有”是就何时间范围而言的？是立宪之前自然资源就都属于国家所有，只是宪法将之明晰化了；还是从立宪之日起，自然资源才由“非国有”或个人私有转变为国家所有了？对此，理论和实务界均未有清楚回答。但如立定物权视角，无论怎样解释都会引起一系列问题。前者将带来国家是否应对立宪之前的资源利用者进行追偿以及相关资源产品或所获利益应否收归国有的问题，因为既然早就是国家的，那么之前各种社会主体的自发利用就是无权处分。后者将引起在先利用者对国家的追偿，以及对这一规定本身之正当性的质疑。更重要的是，该宪法规定生效之后，自然资源是否将永远属于国家所有？对此，肯定的回答似乎已成学界共识，这或许也是自然资源被认为“专属于国家所有”的原因所在。但由于国家的唯一性，“专属国有”也意味着国家没有“处分”这一对民法所有权至关重要的权能，其“所有权”性如何体现？[1]从现实角度来看，几乎每时每刻都有无数公众在并无国家明示许可甚至国家毫不知情的情况下通过包括消耗在内的各种方式利用着自然资源，进行着事实上的处分，这是否构成对国家所有权的侵害而须禁止？如果是，则实践为何大相径庭？如果不是，也即非所有权人可以毋须国家同意而自由利用，那这种所谓“专属国家所有”还有何意义？而从公权角度来看，上述都不是问题：既然授予的是公权，不涉及物权变动，不影响原有私权，也就不存在无权处分、征收以及谁补偿谁的问题；而不管各种具体资源在立宪之前实际处于何种支配状态，宪法的明确授权足以决定至少在宪法生效期间国家权力的持续存在，并且不受资源客观变化的影响，也不会与具体利用者的民事权利相冲突；国家专属性更是公权力的典型特征。

最后，从体例位置和立法意图来看，资源国家所有权是国家以公法手段“支配”公共财产的公权力。宪法第9条位于宪法“总则”部分，属于“社会主义经济制度”规范之一，是“保证整个国民经济的发展符合于劳动人民的整体利益和长远利益的决定性条

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

件”。[1]从这个意义上说，资源国家所有权就是国家作为全体人民代表，从“劳动人民的整体利益和长远利益”出发，依全民意志对自然资源进行“支配”并受益的权利/力。如果不考虑主体、客体、内容、方式等具体要素而从一种极为宽泛的非法律专业视角来看，国家对自然资源的这种“支配”在“贯彻主体意志”意义上与物权所有人对所有物的“支配”颇为相似，这实际上也正是其可以在抽象意义上被称为一种“所有权”的根本原因。然而，从法律科学角度来看，决定事物之法律性质的，并非基本原理或哲学本质，原理类似的概念用语在不同法律语境下性质往往发生根本性改变。就资源国家所有权这种抽象全民之于公共财产的“支配”权而言，由于全民的抽象性，其对自然资源的“支配意志”只能通过作为“全民意志”载体的法律来形成和体现，通过国家机关的依法管理来贯彻落实，具有明显的公权性和间接性，从而与所有人直接通过民事法律行为来表达自我意志、以不具有强制力的私权手段支配标的物的民法所有权产生重大差别，并衍生出几乎完全不同的制度和效果。另外，民法所有权处理的是平等、独立的民事主体之间的关系，在不违法、不侵犯他人权利的情况下只需考虑和维护权利人自我意志，这一意志因民事主体本身的具体、实在性而相对明确，不需其他法律机制的确认。而在资源国家所有权中，由于“全民”、“国家”的抽象性，自然资源实际上只能交给“他人”——各具体民事主体——去占有和利用，而这些民事主体与国家并非平等、独立的关系，而是个人与全民、成员与集体的关系，故本质上是公共财产如何在成员间进行分配利用的问题，具有强烈的政治色彩，必须依赖于具有政治机制性质的公法手段来完成。所以，尽管资源国家所有权在“对财产具有支配力”这一点上与民法所有权确有其相似性，但这种“公权性支配”与民法所有权的“私权性支配”存在本质差异，不可混为一谈。

当然，我们不能否认资源国家所有权与作为社会主义经济制度之基础的公有制之间的“手段—目的”关系。但要注意的是，二者并非整齐对应，不能混为一谈。公有制是一个政治经济学概念而不是法律概念，全民所有制只是意味着“全民”对财产的“控制”和“受益”，并不必然对应于具体的物权形态，[2]更不意味着国家必须亲自上阵，直接占有和支配财产。从公有制角度来看，宪法上的“属于国家所有”只是确认了自然资源作为全民财产的公共属性，意味着国家必须掌握对自然资源的控制权并保障全民受益，但这与具体由谁、以何种方式去实际支配和利用资源以及收益如何分配是不同层面的问题，后者是可以讨论的技术性问题，是需要“全民”根据资源特性及社会需要灵活决定并通过法律制度实施具体落实的

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

[2]“按照马克思的理解，所有制是由财产的占有、使用、分配所形成的社会关系总和”，而“抽象的所有权反映的是特定主体对特定客体的一种支配关系。因此，有什么样的所有制就有什么样的所有权的观点是根本错误的”。朱广新：《物权法立法思维之批判》，《现代法学》2006 年第 4 期，第 157 页。

二、资源国家所有权的实质与内容

如果说作为私权的民法所有权是一种“自由支配”权，以保障权利人对物的占有、使用、收益和处分为主要内容的话，那么，作为公权的资源国家所有权的实质是什么，又具有哪些基本内容？对此，须结合宪法第 9 条的体系位置及及其完整表述综合分析。

（一）从规范性质来看，资源国家所有权为国家对资源利用的“积极干预”之权

作为“社会主义基本经济制度”的规范之一，宪法第 9 条“首先受到基本经济制度尤其是第 6 条公有制条款的规范拘束，这是理解该条的起点与关键”。[1]根据“社会主义公有制消灭人剥削人的制度，实行各尽所能、按劳分配的原则”的宪法规定，以及从马克思主义把生产资料为资本家垄断占有视为剥削根源的一贯思想来看，社会主义基本经济制度的根本要求和存续基础是由国家掌握生产资料的终极控制权，以防止其为个人垄断而损害公益，此也即学者所谓“国家垄断”。[2]由此，作为服务于此意图的法权安排，这里的“属于国家所有”的真实含义是赋予国家对自然资源的终极支配权，就此而言，称其为一种“所有权”是有道理的。但如前所述，这种“终极控制”意义上的“所有权”与民法所有权存在本质差异，不能简单套用民法理论，需要还原到现实层面以实践性眼光审视才能获得确切理解。从现实层面来看，作为一个抽象主体，国家本身并不能直接支配和亲自利用自然资源，其对资源的所谓“支配”实际上是通过对由无数具体社会成员所实际进行的资源利用活动的“干预”来实现的，就此而言，资源国家所有权的实质是国家对资源利用的“积极干预权”，即对资源由谁利用、如何利用、收益如何分配等重大事项的最终决定权。这里之所以强调“积极”干预，是因为国家权力通常具有“消极性”，而资源国家所有权则赋予国家在资源领域更加积极、主动地贯彻其意志的权力，并区别于一般国家权力。

现代社会，国家“积极干预”资源利用的正当性毋庸置疑，但在具体操作层面，如何干预、干预到什么程度，有多种选择。国家既可以把资源概括授予国家机关或相关国有单位去直接占有和支配，通过行政计划和命令来形成和传达其“支配意志”，并把国有单位的资源利用视为“国家”的利用；也可以依据公平和效率原则把不同资源分别交给最能发挥该资源之效益的社会主体去利用，国家只保留“名义上的所有权”——监管利用和分享收益的终极权力。不同的模式选择意味着不同的法权结构并直接影响社会效果，但无论何种模式，都是资源国家所有权的具体实现方式而不等于该权本身，是可以经由立法选择并根据现实需要加以灵活调整的，并不影响国家所有权之存在，更不会触动所有制基础。当然，在国家集公权、私权于一身，政企不分、行政权与财

[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 10 页。

[2] 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。

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

值得注意的是，如果说资源国家所有权与社会主义、国家干预密切相关，如果我国宪法第 9 条可以更多地从社会主义角度得到合理解释，那么，其他国家的类似规定又当如何理解？正如前文所指出的，在宪法中规定资源国家所有并非我国独创，也非社会主义国家所独有，对此，该如何认识和解释？

首先，正如孙宪忠教授指出的，社会主义理想并不是限于社会主义国家范围内的意识形态，而是国际性的普遍存在。[1]社会主义理想所蕴含的那种对公共利益的维护和社会公平的追求，乃文明国家的普遍目标。要实现这一目标，国家对资源利用进行积极干预必不可少。而要保证国家干预的正当和高效，就有必要在宪法中加以明确规定。此等需要，各国皆然，故立法也出现趋同。

其次，自然资源的特性及其对于工业文明的重要意义，使其公共性和公益价值得到凸显，也使得对资源利用的“积极干预”成为国家的基本职责。笔者旧文指出，自然资源的高度公益性和权属不确定性决定了现代社会国家普遍干预资源利用的正当性和必要性，[2]此不赘述。

另外，对于广大发展中国家而言，宪法中的资源国有条款更有宣示国家主权、彰显民族独立、追求经济自主的政治意义。在宪法中明确规定某些或全部自然资源属于全民或国家，是发展中国家的普遍现象，并与许多发达国家宪法的“语焉不详”形成鲜明对比，有其深刻的历史原因。发展中国家是近代殖民主义的主要受害者，而殖民运动的本质为资源掠夺。轰轰烈烈的“民族解放运动”同时也是一场关于资源控制权的“回收”运动。丧失对自然资源的控制，轻则经济不独立，难以自由发展，重则政治不独立，国权不自主，不仅是历史的惨痛教训，也是至今仍然影响国际关系至深的“铁律”和决定发展中国家命运的“命门”。也正因为此，战后发展中国家强烈主张对自然资源的永久主权，并得到国际社会认可。[3]而对于率先开启工业化进程的发达国家来说，在国际关系中的优势地位决定了其并没有宣示主权的强烈需求。在领先发展中国

[1] 参见孙宪忠：《根据民法原理来思考自然资源所有权的制度建设问题》，《法学研究》2013 年第 4 期，第 76 页。
[2] 前引〔1〕，巩固文，第 25 页。
[3] 1974 年联合国《关于建立新的国际经济秩序的宣言》指出，“每个国家对自己的自然资源和一切经济活动拥有充分的永久主权。”《各国经济权利和义务宪章》进一步指出，“每个国家对其全部财富、自然资源和经济活动享有充分的永久主权、包括拥有权、使用权和处置权在内，并得自由行使此项主权。”《世界自然宪章》、《联合国人类环境宣言》等重要国际文件也都重申了对自然资源永久主权的确认，明确国家有“按照自己的政策开发自己资源的主权”。

家数百年的工业化进程中，发达国家的多数常规资源早已被瓜分殆尽，并演化出复杂而实用的规则体系，较好地解决了资源利用中的国家干预与人民受益问题，故从国内实践角度看也无资源国有化的迫切需求。但这并不意味着这些国家的资源利用活动不受国家干预。对那些公益性强或者日益稀缺的重要资源，必要时发达国家也会通过立法将其收归国有或采取以国有为基础的干预举措，[1]在法律实践中发展出的“公物”、“公共信托”等理论制度，也在实际上发挥着与资源国家所有权类似的功能。

总之，国家对资源利用进行积极干预是现代社会的普遍需求和共通经验，这归根结底是由于工业文明下资源利用活动的公共属性所致。当然，不同国家对资源利用的干预程度不同，范围和方式也多有差异，从而形成了各具特色的资源权属和利用制度。这在社会主义国家与非社会主义国家、发展中国家与发达国家之间，对比尤为明显。这也是尽管资源国有普遍存在，但各国的资源利用秩序及社会实效却有很大差异的原因。这也说明，对于良好资源秩序的形成来说，有关资源国家所有的抽象规定只是万里长征的第一步，具体制度的构建才更具实质意义，并注定是一个漫长、曲折的复杂过程。

（二）从规范内容来看，资源国家所有权是“保障自然资源的合理利用”之权

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

第 1 句“国家保障自然资源的合理利用，保护珍贵的动物和植物”，正面阐释了资源国家所有权的实质内容，但在对象和要求方面又有所不同。前半句“国家保障自然资源的合理利用”是最根本的一般性条款，它明确了资源国家所有权的基本内容以及国家在资源活动中的功能和角色——保障合理利用！所谓“保障”，是为某事或某行为提供支撑和条件之意。这清楚表明，国家在资源活动中并非直接利用者而是保障提供者，即为具体的资源利用活动创造条件、提供帮助，以确保其“合理”进行。这正契合“国家”的抽象性和公权力主体身份以及政企分开的基本原则。而在自然资源本身客观存在的情况下，国家的这种“保障”显然主要是制度供给意义上的，即通过立法和执法

[1] 其典型为水资源，如英国水资源法规定“水属于国家所有”；法国水法规定“水是国家共同资产的一部分”；澳大利亚规定水资源归州政府所有；日本河川法规定“江河属于国家产业”等（参见黄锡生：《水权制度研究》，科学出版社 2005 年，第 26 页以下）。有关污染排放控制的管制举措也被视为环境容量资源国有化的体现，如美国对大气排污的总量控制和指标分配就被认为实质上是把空气作为国有财产来对待（See Carol M. Rose, *Romans, Roads, and Romantic Creators: Traditions of Public Property in the Information Age*, Law and Contemporary Problems, Vol.66:P.94.

形成科学、稳定的资源利用秩序——这本来就是国家作为管理者所应向社会提供的“基本服务”和“公共产品”。同时，该句中的“合理利用”也意味着社会主体对资源的利用不是绝对的、无度的、任意的，而必须控制在“合理”限度内。至于何为“合理”，则应根据经济、社会发展的实际情况和公众需要综合判断。在现代环境资源整体危机的大背景下，除考虑经济效益、社会公平以及文化习俗等传统因素外，还要考虑对生态环境的影响。该款后半句“保护珍贵的动物和植物”在客体上把“珍贵的动物和植物”与一般自然资源区别开来，表明对这种特殊资源要着重“保护”而非通常意义上的利用，体现了先进的环保理念，也成为当前我国整个生物资源利用秩序的基石——珍贵生物只能保护；普通生物可以利用，但须合理；而是否珍稀、何为合理，则由法定。

第,2 句“禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源”，则是对资源国家所有权的反向界定，也是资源国家所有权作为一种“所有权”的“排他效力”的体现。要注意的是，被禁止的是对自然资源的“侵占或者破坏”，而非“合理利用”。作为一种“全民所有”的公共财产，社会主体对自然资源在合理范围内进行利用，不仅不与国家所有相违背，而且正是“国家所有，即全民所有”的要求和体现。因此，这里的“侵占”，也不能从民法意义上去理解，似乎只要没有取得所有权人——“国家”——的明示同意而利用就构成侵权，而应结合资源属性及法律规定具体分析：对那些具有公共物品属性的资源物（如阳光、空气、水）的生存性利用无须国家授权或同意；即便那些具有经济属性或营利目的资源利用，只要不违反法律的禁止性规定，在合理范围内，也属正当；只有那些违反法律的禁止性规定或超出“合理”限度的利用，才可能构成“侵占”。至于何为“破坏”，更须结合资源属性以及生态环境、社会文化等因素综合判断，不能一概而论。

有学者认识到第 9 条第 2 款的重要作用，主张将之视为“规制”条款或“国家环保义务”条款，具有积极意义。[1]但要注意的是，确立规制或国家义务只是该款的作用之一，如果看不到该款第 1 句对权力内容的正面界定作用以及该条第 1 款的基础性支撑，所谓“规制”或“义务”也就成了无源之水。而且，如果不从公权力的角度来理解这里的“国家所有”，第 9 条的这两款规定之间也就丧失了合理逻辑关联，导致同一法条中，前款中的国家是“权利主体”，后款中的国家是“权力主体”的混乱。

综合整个条款内容来看，作为国家对资源利用的“积极干预”之权，资源国家所有权要求国家主导建立资源利用秩序，通过保障社会成员的合理利用、保护珍稀生物、禁止不当利用来实现资源利用的公平、高效，从而惠益全民，实现价值意义上的“全民所有”。国家对资源利用的“积极干预”主要涉及以下四部分：（1）谁可以利用，即

[1] 参见前引〔32〕，王旭文，第 9 页以下；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 页以下。

资源物的“分配”及具体归属，包括主体资格、客体范围、获取方式、获取程序等。（2）如何利用，即资源利用的具体规则及其监管，包括利用权的形式与权能，利用、流转、处分等方面的限制，附随的社会及环保义务等。（3）惠益如何分享，即资源收益的分配，包括有偿无偿、税费确定、收益用途和分配方式等。（4）如何保证权力正当行使，即权力行使的制约和监督，包括管理责任以及公众的知情、参与、监督、诉讼等权利。

三、资源国家所有权的行使：资源立法、行政与司法

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

（一）立法主导

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

在形式上，第 9 条第 1 款的“国家所有，即全民所有”，意味着国家对自然资源的“支配意志”只能由“全民”决定，因此，涉及资源利用的重大事项只能由全国人大及其常委会制定的法律来规定，包括行政法规、地方立法在内的一切下位法均无权代表“全民意志”，只能根据法律的规定和授权对上位法作细化补充，没有明确法律依据的资源法规、规章将面临合法性不足的拷问。在内容上，第 9 条第 2 款意味着即使在法律层面，立法者也不得任意规定、随意干预，而必须符合宪法明确规定的主旨和边界——保障资源合理利用。与之违背的立法，如妨碍社会成员的合理利用或不利于对珍稀动植物的保护，将构成违宪。同时，该款也意味着国家不能怠于行使立法权，放任自然资源遭受侵占、破坏。

在立法的具体内容方面，资源利用涉及事务众多，需要公、私法的分工配合、共同作用。从资源利用的“流程”来看，国家所有权的基本内容可分为“分配”和“管制”两大部分。其中，“分配”主要解决整体上归属于“全民”的抽象资源如何分割为具体资源物由社会主体去实际占有和支配的问题，其本质是公共资源的个体化利用，属于典型的“国家与个人”或者说“全民与成员”之间的关系，主要由行政法加以规范，通过许

可、划拨、出让、承包、供应、发放等手段具体实施。作为现实资源利用的起点，资源“分配”具有基础性意义，其直接决定着哪些主体可以优先于其他主体去直接利用在终极意义上属于大家的天赐之财，决定着资源利用的合法性及后续相关民事活动的法律效果，必须严格遵循法定程序，强调公平、公正，向公众开放并受公众监督。现实生活中，由于经济性资源的分配经常采取出让、出租等手段，具有一定“对价”，故往往被视为纯粹民事活动，从而不受约束与限制。其实，这些对公共财富的“处分”是典型的公权力行为，应通过严格的行政程序加以控制，对此，各资源单行法（如水法、矿产资源法、海域有偿使用法等）中普遍建立的资源利用许可与审批制度，更加符合其公法属性。

“分配”之后，才有民法规范的用武之地。资源一旦被分割成特定部分为具体主体所合法支配，就具有了民法上的“物”的含义，此时利用者的支配或交易要想取得合法效力，就须遵循物权法、合同法等民法规范，但国家仍保留有“管制”权力。这里的“管制”，泛指资源被“分配”给具体利用者之后，国家仍然保留的对资源利用进行积极干预的权力，其目的仍然是保障资源的“合理利用”。尽管从自由市场理念来看，对资源的“分配”（即确定权属）本身可在一定程度上保证资源利用的合理性，但实践中并不尽然。尤其对于那些具有公共物品性质的资源以及具有较高技术要求的资源，个人朴素的自利本能并不足以为资源利用的高效提供充分保证，更难保公平和社会效益。因此，在必要时，国家仍然可以也应当结合具体情况，针对不同资源制定利用规则，施加各种限制，包括：（1）对象限制，如划分国家保护动物与一般动物、公益林与商品林；（2）方式限制，如渔网大小、猎枪型号、采矿技术、冶炼工艺；（3）时间限制，如狩猎季、禁渔期、汛期、旱季、雨季；（4）地域限制，如生态脆弱区、水源地、自然保护区的核心区与缓冲区；（5）处分限制，如草原转让、林木采伐、湿地填埋；（6）利用冲突的解决，如工业用水与家庭用水、养殖用海与公益事业用海；（7）惠益分享，如海域有偿使用费、草原承包金、资源税等的收取与支出；（8）公众利用与监督，如非权利人对山林、草原的“历史性利用”，公众对于海域承包的知情、参与和监督等。这些并不考虑实际利用者的公私属性而针对一切同类资源利用行为的普遍性规定表明，即便资源物在民事层面被“分配”给社会成员，国家仍可通过管制手段施加积极干预。这正是资源国家所有权所蕴含的国家“终极支配权”的应有之义。

从上述内容也可推知，完整的资源利用秩序是由公法和私法共同维持的，但公法规范对国家意志的体现更为直接，且通常需要“特事特办”，通过单行立法确立特别规则；民法规范居于基础地位，但主要遵循一般原理和规则，特别立法需求不大。故总体来看，资源单行法中的行政法规范数量占大多数，从而容易让人产生“资源法就是公法”的错觉。

另外，还要注意的是，前述均是针对国家积极行使资源立法权的情形而言的。然而，自然资源种类繁多，国家既无可能又无必要全部单独立法。那些没有具体立法，也即在成文法中既无明确“分配”规则又无专门利用“规制”的自然资源，可否被支配利用，又如何加以规范？尤其是，物权法第 118 条规定的“国家所有或者国家所有由集体使用以及法律规定属于集体所有的自然资源，单位、个人依法可以占有、使用和收益”，是否意味着公众只能在法律有明确规定的情况下“依法”利用？对此，仍需破除简单套用物权理论的误区。无论从自然资源“全民所有”的法律属性，还是从其“天赐”来源、作为基本生存条件和基本生活资料的自然属性来看，都不应认为资源国家所有权确立了一种无所不包的资源利用“前置许可”，以至于人们拾柴生火、打水做饭、摘野果充饥、采草药治病甚至晒太阳、喝西北风等，都要有法律的明确授权，而应反向推导，即立法的缺失意味着“全民”在这类资源的利用上无“特殊意志”，意味着国家对人民自由取用这类天赐财富的默许。更何况，对于许多具有经济学意义上的“公共物品”属性的自然资源而言，[1]公众根据需要取用本身就是宪法要求国家予以保障的“合理利用”的体现。因此，这里的“依法”应理解为“不违法”——只要法律没有禁止性规定，即可利用，但须注意：

第一，这种利用不具有专属性和排他性，不能为个体所独占。严格说来，这种利用是利用者作为“全民”之成员从公共财产获得的一种“收益”，其他成员同样可以享有，故不具有专属性，不可对抗他人和转让。当然，如果某些资源在时空和功能上具有特定性，长期为某些社会成员利用，已经具有了一定的“习惯权利”色彩，如某村对毗邻山林的使用，则这些成员在利用上可具有一定的优先性（具体须结合历史、文化等综合判断），但并不意味着专属所有和绝对排他。其他成员仍有“剩余利用”的资格，国家仍然掌握着“分配”及“管制”的可能性，并可随时通过立法来实现。

第二，须以“合理”为限。即使没有法律的明确禁止，也不能认为公众可以任意滥用资源。关于何为“合理”，宪法有关“保护珍贵的动物和植物”、“不得侵占或者破坏自然资源”等规定已反向划出了边界，在此范围内，须结合各种因素具体判断。结合各国普遍经验，一般来说，合理的资源利用应遵循：（1）按照物的自然状态和通常方式进行；（2）以维持生活为必要，不具有明显商业性；[2]（3）不具有破坏性。[3]当然，除此之外，不违法、不影响他人权利、不危害公共安全、不违背公序良俗、不危害社会利益等任何正常权利行使都须遵循的约束，更是资源利用限制的题中之义。

---

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

[2] 这并不意味着只能自用而不能转让牟利，如渔民捕鱼、山民采药、猎人捕猎、牧民放牧等，通过转让资源产品获得其他生活品是其基本生存方式，只要不“过量”，没有明显“暴利”，均属合理。

[3] 对可再生资源，主要是不损害其再生能力，并维持合理的再生水平；对不可再生资源，主要是避免耗竭及低效利用。资源获取及利用过程中也要注意对生态环境及其他资源的影响。

（二）行政执行

从国家权力分工来看，行政权从属于立法权。立法确定的有关资源利用的国家意志，主要通过国务院领导的各级政府及相关部门来落实，主要体现为对资源利用各环节相关活动的依法管理，包括以许可、划拨等形式进行“分配”、[1]对资源利用进行监管以及收缴资源税费及再分配。对此，须注意以下两点：

第一，资源管理并不是管理者作为民事主体代表国家行使民事所有权的私权行为，而是作为行政主体依法行使公权力的行政行为，必须符合行政行为的实施要件，遵守行政程序，受行政许可法等约束，发生争议时通过行政复议、行政诉讼等公法途径救济。第二，资源管理须严格依法进行，管理者不能径以自我意志代替全民意志，不得有违“保障合理利用”的根本目标。那么，如何理解物权法及诸多资源法中规定的“由国务院代表国家行使国家所有权”？笔者认为，无论从自然资源的公共财产属性、资源国家所有权的公权本质及其与民事权利的区别、国家机关与国家的关系等基本法理，[2]还是宪法第 2 条、第 57 条、第 85 条等对国家机构的职责分工，以及政府多数资源管理活动须依法进行的现实来看，国务院对国家所有权的这种“行使”，只能从公权角度理解，从具体执行、实际操作的意义上去认识，“必须被理解为日常管理职能，而不是基本决策职能”。[3]当然，资源领域事务繁杂，法律的规定通常比较原则、笼统，在合法范围以内，管理部门还是拥有较宽泛的裁量权限和决策空间的。

（三）司法补充

在资源国家所有权的行使中，司法主要发挥着平衡补充的作用。之所以说“补充”，是因为司法具有事后性和被动性，司法介入往往在争议产生之时，作为一种“国家干预”似乎不够“积极”。但从权力制衡的必要性和司法对法律适用的根本性意义来看，司法的作用不可或缺。尤其是，现实生活中的资源利用情形复杂，常常涉及不同群体利益的冲突、不同技术方案的选择、不同社会政策的考量，需结合具体情境作具体判断，任何立法都不可能规定完备，故司法的个案处理对资源法的具体适用以及相关规则的细化完善具有重要意义。

资源国家所有权对于司法的作用主要体现在为资源领域的“违宪审查”提供宪法依据，以此实现对资源立法和行政的规范和制约，发挥保障全民利益的最后一道防线的作用。在美国，法院利用与国家所有权有异曲同工之妙的“公共信托”对重要资源立法及相关行政活动进行合宪性审查，可以撤销或改变被认为不符合以全体公民为受益人的“信托利益”的立法和行政行为，以更好地维护公共利益。从理论上说，我国宪法第

[1] 行政许可法即明确把“有限自然资源的开发利用”作为行政许可类型之一。
[2] 只有在公法层面，各国家机关才共同从属于“国家”这一整体，才能直接“代表”国家。
[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 189 页。

9 条也可发挥类似功效。在立法方面，对法律来说，该条意味着任何规定都既不得违背第 1 款规定的“自然资源属于国家所有”，作出任何消解自然资源的公共属性、将其置于个体垄断或其他主权者控制之下、使国家和人民丧失资源利用的终极控制权和最终受益权的规定；也不得违反第 2 款有关实质内容的规定，如背离“保障合理利用”的宗旨而以营利为目的，完全以市场手段分配公共资源，变“公用物”为私产，或放任珍惜物种灭绝，违背“保护珍贵动植物资源”的要求。对下位的法规、规章来说，则有三重含义：（1）不得违背上位法的明确规定；（2）不得在上位法没有规定的情况下限制或改变资源的正常利用；（3）即使有上位法授权，其内容也不得违背宪法第 9 条第 2 款的实质性规定。当然，从现实来看，我国尚未确立针对立法的司法审查机制，司法在资源立法方面的作用尚难直接发挥，但宪法第 9 条的存在至少意味着规范基础的具备，一旦未来条件成熟，即可发挥重要作用。目前，该条可作为全国人大常委会解释资源立法的释法依据，“间接”地发挥作用。

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

四、从国家所有到个人利用：资源利用权

资源国家所有权的行使本身不是目的，良好的资源利用秩序才是全民利益实现的关键。无论国家的公益动机多么强烈，其毕竟不能亲自利用资源而只能由具体社会成员——无论是国家机关还是普通公民——去实际支配。而对于具体利用者来说，决定其行为选择的，是其与资源物之间的利害关系及相应法权安排。一种财产，无论在名义上或观念上被认为多么重要，如果不能与利用者建立起实在且相对独立的权属关系，就不会受到珍惜利用和谨慎对待。亚里士多德指出，“凡是属于最多数人的公共事物，常常是最少受人照顾的事物，人们关怀着自己的所有，而忽视公共的事物；对于公共的一切，他至多只留心到其中对他个人多少有些相关的事物。”[1]此一朴素真理为人类历史所反复验证，尤其在近代有关社会主义理想的曲折探索中有大量教训，在

[1] 亚里斯多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆 1983 年版，第 48 页。

此无须赘述。也因此，国家要想真正实现惠益全民的公益目标，就必须重视实际利用者的需求和意愿，认可其有关资源利用的正当利益并以法权形式固定下来，此即“资源利用权”。

本文所谓“资源利用权”，是指资源利用者对具体资源物所享有的合法支配和利用的民事权益，其要点在于：（1）客体是具体、实在、可特定化或至少在观念上能分割的“资源物”，而非作为资源国家所有权客体的那种整体不可分割的抽象“资源”。（2）权利人对资源物的支配利用受法律保护，但专属性、排他效力和可处分性不尽相同：有些具有专属性，可以排他和转让，物权色彩浓厚，如采矿权、林地使用权、海域使用权；有些则不具有专属性，不可转让，只能基于特定身份进行非排他利用，如生活取水权、林地历史通行权、公共河道利用权。（3）不能齐整对应传统物权有关“所有权”、“用益物权”的划分。尽管从表面上看，资源利用权似乎是非所有人使用“他人”（国家）所有之物的权利，但由于这种国家所有并非民法所有，故这种利用权也不同于传统物权法意义上的用益物权。就权利的产生来看，资源利用权并非利用人从作为民事主体的国家那里通过民事法律行为对其民事权利的“继受”，而是根据作为公权行使者的管理部门的行政行为（如许可、划拨），对只能由资源利用者享有和行使的民事权利的“原始取得”，是公法行为催生的私权果实。在内容和效力上，资源利用权也缺乏传统物权那种具有高度意志自主色彩的绝对支配性，而主要体现为一种“依法利用权”——在合法范围内按照资源物的自然属性进行合理使用，在用途、方式、处分等方面受到更多限制。当然，在宽泛意义上，从该权的私权属性以及在合法范围内的支配效力来看，也可将之视为一种特殊物权。笔者旧文提到的“资源物权”，仅指资源利用权中对资源物的支配“达到独占和排他程度”的那部分，[1]是资源利用权的一个下位概念，二者并不完全等同，不能互相代替。[2]

资源利用权是连接资源领域公权与私权的桥梁，是把自然资源从抽象的公权客体转化为具体的私权客体从而在利用者与资源物之间建立法权关系的关键，其内容是否科学，直接决定着资源利用的公平和效率。按“物权说”理论，“全民所有”财产只能由国有单位“代表”国家进行占有和支配，从而把广大“非公”主体排除在合法主体范围之外，也不利于对资源利用的约束与监管——如果国有单位是在代表国家行使权利，其意志即为国家意志，其行为即为国家行为，谁能够又凭什么加以监管？这种认识误解了国家所有权的性质，忽略了全民利益与国有单位利益的区别，把国家所有权与国有单位的资源利用权混为一谈，内含着变公共资源为单位私产的风险，也缺乏对不同资

[1] 前引〔1〕，巩固文，第27页。

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

源之属性差异及差别化制度安排的考虑，殊不足取。

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

第一，主体不必然甚至不主要是国有单位。对于多数兼具经济、生态、生活等价值的普通资源，无论从公平还是效率角度，国有单位（尤其是专司行政管理职能的国家机关）均不具有优越于他人的理由，没有独占或优先利用的特权。[1]只有那些关乎国家安全或社会整体发展，具有重大战略意义的资源，如核物质、贵金属或重要能源，才有为特定国有单位独占利用、专属经营之必要，但须先行立法，经“全民”同意。至于那些具有公共物品属性、与基本生存或日常生活息息相关的资源，则任何人都不能独占利用，而必须保持开放状态，由公众在合理范围内自由取用，国家只能进行监管并保障供应，其典型莫过于清洁空气。从民法角度来看，这类资源物没有对应的所有权人，[2]但这种“没有主”的状态不同于通常意义上那种具有临时性、可随时为他人先占取得的“无主”，而是一种持续性存在，并构成“先占”的禁区。这也说明，民法所有权并不能及于一切财产，不是所有财产都可以和需要“有主”。

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

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

[2] 国家作为宪法所有权的主体实际上是资源的管理者而非民法所有权人。

另外，还须注意的是，同一类资源在不同情境下可能具有不同属性，受到不同对待。如翠花河边取水饮用与工厂抽水生产相比，应前者无偿而后者有偿。当前资源立法实践中有片面强调“有偿使用”的倾向，似乎只要利用者不掏钱国家就亏了，就构成所谓国有资产流失，实乃错把公共资源当私产并且片面强调经济效益的误区。物权法第119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”，对此，不能理解为“除法律另有规定的之外，任何自然资源的使用均须有偿”。否则，不仅于理不通，也与“国家保障自然资源的合理利用”的宪法要求不符，其社会效果更可想而知。海域使用法颁行之时，一些地方政府大肆“卖海”，导致百年渔村丧失传统渔场，引发激烈社会冲突，其教训殷殷可鉴。

第三，权利并非绝对排他，“许可”未必当然优先。多数自然资源兼具多种功能，与民众生活密切相关，往往承载着不同群体利益，难以为单一权利所概括吸收。故而，资源利用权主要是一种“依法使用权”，并不具有传统物权那种近乎绝对的排他性，常常需要与其他利用者“分享”资源物，承担较高“容忍”义务。实践中森林、山岭、水库、河流等被政府承包给私人后，因排斥公众合理利用而引发社会冲突的现象屡见不鲜。[1]从传统物权角度来看，似乎是公众侵犯了承包人的权利，实则未必。满足公众的习惯性利用是公共资源承载的基本公益职能，不能为某种经济性资源利用权所吸收或转移，反而正是该类权利合理行使所应当承担的义务。从这个角度来说，“一物一权”在资源领域并不适用。当不同权利发生冲突时，应考虑具体情形，按照“全民利益最大化”的要求灵活处理。尽管相对而言，那些经由特定公法程序获得政府许可、以“有偿”方式取得的“正式的”资源利用权通常具有一定优先性，但也不尽然，尤其当经济性利用与生存性利用发生冲突（如企业的许可取水权与公众的生活用水权之冲突）时，往往后者优先。

第四，权利行使受到更多限制。作为一种公共财产，在国家始终保留“积极干预权”的情况下，资源利用权的行使比一般财产权受到更多限制。这种限制不仅体现在权利内容和行使方式的制约上，还体现在权利存续的非持久性上，即国家可以根据需要“收回”或“重新分配”重要资源，[2]或对其行使施加额外限制。这是资源国有也即国家掌握公共资源的“终极支配权”的应有之义。当然，限制须合理、适度，且以保障公共利益所必须为前提，不得轻易行使，否则将构成违宪。

最后，必须再次重申的是，合法的资源利用权并不以“法定”为限。自然资源类型

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

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

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

综合以上来看，一国资源利用的基本规则是：法律有明确规定的情况下，只有合法主体才能依法定条件和程序取得和行使对该类资源的利用权；[1]而除非法律另有规定，否则这种权利一经产生，即具有物权属性，可对抗他人及转让；国家如欲收回或嗣后追加限制，应予“征收”或补偿。而那些法律没有明确规定的自然资源，社会成员可依资源属性及习惯“合理利用”并通过“先占”取得产品的所有权；但这种权利通常不具有排他性和可转让性，国家在必要时可通过立法“收回”或施加限制，无需补偿。不同资源使用权之间发生冲突，则要综合实际情况具体判断，一般法定权利优先，但也不尽然，关键还是要取决于面向“全民”的利益衡量。

五、私产与主权：资源国家所有权相近权利/力辨析

作为一种体现国家干预、兼具多重价值关怀、又以财产为载体的特殊权力，资源国家所有权与国家享有的其他权利/力有颇多相似之处，容易造成混淆或误认，其中尤以与民法意义上的国家所有权及资源主权的关系为甚。学界以往在此问题上争执不下，与此不无关系。本文在此略作探讨，以期厘清彼此界限，进一步深化对资源国家所有权的认识。

（一）资源国家所有权与“资源物”国家所有权

前述可以证明宪法层面的资源国家所有权的公权属性，但似乎并未从根本上排除民法层面的资源国家所有权存在之可能。对此，必须要首先说明的是，物权法意义上的物必须具有特定性，而自然资源是一个抽象的整体性概念，所以，民法意义上的“资源所有权”概念本身就是一个悖论。在民法物权层面，能够成立的只能是“资源物”所有权，即在具体资源物之上成立的所有权，其在客体方面与资源国家所有权有根本不同。那么，国家可否拥有“资源物”，成立作为民事权利的“资源物国家所有权”呢？要准确回答这一问题，必须区别概念适用的层次和语境。

[1] 如矿产资源从勘探到开采必须遵循矿产资源法中的一系列强制性规定。

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

如果这样，又如何认识现实生活中人们经常使用的“国有财产”、“国有资产”、“国有企业”等概念，这里的“国有”当作何理解？笔者认为，尽管国家本身不能直接成为所有权主体，但其可以通过设立具有民事主体能力的“公共法人”来实现对具体财产的实际支配。[1]这里所谓“公共法人”，是指那些由国家授权、投资或直接管理，追求特定公益目的或承担公共职能、受国家直接控制、具有浓厚“公共”色彩的法人，主要为国家机关、事业单位和国有企业。[2]这些公共法人，一经设立，在民法上即具有独立法律人格，可以使用和处分相关财产并承担义务责任。从“所有权的典型表现就是处分权，享有完全的法律资格处分标的物者，就是所有权人”的物权法基本原理来看，[3]“公共法人”而非抽象国家才是这些财产的所有权人，从纯粹民法角度来看，这些财产属于“公共法人所有”而非“国家所有”。然而，公共法人的这种“所有权”只是就其行为的民法“外观”而言的，只意味着其财产处分的合法有效性，并不意味着其对财产的支配如纯粹私产所有人那样自由，不受国家控制。事实上，公共法人的财产支配要受到“国家”或其“上级”的控制和影响。国家或“上级”通过组织、人事、奖惩、任免、调动等非财产手段控制着公共法人意志的形成者——行政首长、单位负责人或董事会成员，通过他们向公共法人注入国家意志，并通过贯彻了这种共同意志的法人行为来实现国家的支配意图。因此，尽管本质上是一种法人所有，但这些公共财产在来源、用途、处分方式、收益分配等方面又有着强烈的“国家”印记，不同于纯粹私产，故实践中常被冠以“国有”名之。作为一种主要用于日常生活的非专业法律概念，这种概念的使用未尝不可。但必须要注意，这种“国有”是实效意义上的而非法权类型意义上的，并非以国家为主体的实在权利，更不能简单套用民法理论，理解为国家直接行使的“占有、使用、收益和处分”之权。否则，不仅于理不通，也将与实际支配的公共法人的

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

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

[3] 前引〔28〕，孙宪忠文，第62页。

权利相冲突。

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

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

第一，有无成立民法所有权的可能。资源客观上可否被控制和分割，有无“特定化”之可能，是成立民法所有权的基本前提。由此，太阳能、风能等难以特定化的资源将被排除在外。还有一些资源物，虽然客观上可以特定化，但其价值功能决定了应保持开放状态为全民利用，如海滩、重要水源地、国家风景名胜等，因而也不应成立民法所有权。这些资源即学界所谓的“国有公物”，这里的“国有”是公法意义上的，表征国家的控制和干预；而“公物”是私法意义上的，既表征公共属性，也意味着对私人所有之排除。从民法物权角度来看，这种资源物的状态是“非所有”或者说“不可有”，任何人都无法拥有所有权。对于这类资源物，国家须积极行使管理职能，保障公众在合理范围内进行非排他使用，而不得自我利用，更不得无权“处分”。

第二，有无为公共法人独占支配的必要。公共法人是基于行政管理、社会事业或发展某领域经济等公益目的而设，其行为应服从于设立目的。因此，只有当特定资源物的用途符合公共法人的设立目的、对其公益目标的实现具有积极意义时，才有为其独占支配，成立民法意义上的国家所有的必要，其典型如具有战略意义的重要矿藏。这类资源物属于“国有私物”，相关公共法人可独立对其行使民事权利，按自我意志支配及处分。[1]由此也可以看出，民法意义上的国有资源的范围比宪法意义上的国有资源要狭窄得多。

第三，有无为公共法人控制的事实。在满足前两大条件的前提下，只有当具体的公共法人针对特定资源物实际作出了具有民事权利取得效果的具体法律行为，才能真正取得该资源物的所有权，形成民事意义上的国家所有。比如，一块未被发现的油田，

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

尽管其在公法意义上属于国家所有毫无疑问，但在其为某企业取得合法开采权之前，在民事意义上不归属于任何具体主体，我国三大国有石油公司的任何一个都不能以石油资源属于国家所有为由直接主张和行使对这块油田的民法所有权。

只有清楚区别宪法层面的国家所有权与民法层面的国家所有权，或者说“资源”国家所有权与“资源物”国家所有权，学界近来呼声渐高的“国有私物”与“国有公物”的划分才能得到合理解释和构建。[1]“国有私物”与“国有公物”中的“国有”是就宪法层面而言的，而“私”与“公”是就民法层面而言的，二者在宪法层面均“属于国家所有”，但民事状态有根本差异，从而影响法律责任及救济形式，具有重要实践意义。对公众来说，将直接影响其对公共资源的利用：前者在民法上属于有主物，除非作为权利人的公共法人明示同意，公众一般不得擅自使用，否则将构成侵权；而后者属于无主物，除非法律有明确限制，公众可在合理范围内自发利用。对于国家来说，二者的区别将直接影响其责任承担及救济：前者存在作为民法所有权人的公共法人，无论资源物受到他人侵害还是侵害他人，都可直接适用民法规范，由该法人接受救济或承担责任。而后者不存民法所有权人，相关政府或部门只是管理者而不是所有者，故侵害人主要承担以行政处罚或刑事责任为主的公法责任；资源物侵害他人（如河流泛滥或野生动物致害）也只会引起管理责任及补偿性救济。这种补偿，是对个人为公益所付出代价的弥补，不同于民事赔偿。

（二）资源国家所有权与资源主权

资源国家所有权与资源主权的关系也是学界常见困惑。前已述及，自然资源主权已受到国际社会的普遍认可，由此，一国对领土范围内的资源活动进行立法及管理，自是资源主权的固有内容。然而，这是否意味着资源国家所有权的创设没有必要，或者如有学者所认为的，从公权角度理解该权“将会导致国家所有权变成了一个毫无意义的概念”，因为“即便宪法没有确认国家对土地、矿产、水流、森林等自然资源的所有权，国家也有权基于主权者的身份来维护公共利益，管理领土范围的这些自然资源，并限制这些资源的使用和利用方式”。[2]对此，笔者不敢苟同。

一方面，对主权的效力和内涵须区别语境与层次，辩证地理解。诚然，主权一般被认为是国家对管辖区域所拥有的绝对的、至高无上的政治权力。然而，作为一个主要在国际法领域使用的概念，主权的绝对性和至高无上性主要是相对于其他主权者而言的，意味着在国际场合，对领土范围内的事务，“我”可以，“你”不可以。这里的“我”和“你”，指的是处于同等地位的“主权者”。如果不加区别地将这一逻辑照搬到国内场合，适用于国家和人民之间，将会产生非常荒谬的结果，即国家可以凭借主权对人民

[1] 参见马俊驹：《国家所有权的基本理论和立法结构探讨》，《中国法学》2011 年第 4 期，第 93 页以下。
[2] 前引〔25〕，程雪阳文，第 175 页。

做任何事情，而一切有关国家权力授予及行使的立法都将成为多余。事实上，在国内法领域，主权是相对的和有限的。即使在作为近代主权理论奠基者的博丹那里，主权的绝对性也是有条件的。[1]而“严格区分主权与私利之间的界限，禁止以主权侵害私利的主权学说，构成了近现代国家主权理论的基础。”[2]在现代社会，国家权力应有其边界和限度，受到法律的约束和规范，已是普遍公理，在此毋须赘述。

另一方面，主权的抽象存在是一回事，主权的实际行使是另一回事。对一国内部事务而言，主权的存在只意味着国家行使权力的可能性，但国家具体拥有哪些权力、内容怎样、如何行使，仍须依法确定。在我国实行的人民主权模式下，人民是主权的最终拥有者，国家权力来源于人民、为人民服务、受人民监督，其关键连接即在于宪法：人民通过宪法授予并界定国家权力，一切立法都应当“根据宪法”。我国宪法第 2 条第 1 款“中华人民共和国的一切权力属于人民”，第 5 条第 3 款“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触”清楚表明了这种关系。宪法对国家权力的作用，既表现为以权力授权规范“直接创制国家权力并限定其范围”，又表现为以基本权利规范“间接地划定权力的界限”，[3]在法律规定不明的情况下，则可适用“权力法定”和“权利推定”加以推理。因此，尽管或许在抽象层面可以笼统地认为作为一个整体事物的国家主权本身不受法律约束，但在实践层面，主权的具体行使离不开宪法的指引和规范，此乃现代法治的应有之义和基本要求。

相对于一般事务，资源领域国家主权的积极行使更需宪法的规范，其原因主要有两点：一是自然资源的“价值天赋性”。由于自然资源主要是自然力作用的结果，且分布广泛，不像劳动创造的普通财产那样易于确定归属，故长期以来被视为“天赐之财”为社会成员自由取用，成为私人财产权的“源头活水”。但国家的这种“不干预”并不意味着资源主权的不存在，而只是资源主权“对内”的一种存在形态和表现方式而已。[4]随着环境资源形势的日益紧张，强化国家控制的正当性和必要性与日俱增，但如动用立法等手段强势介入这一向来具有极强“自由传统”的领域，使社会普遍接受对传统权利的压缩，[5]仍须“师出有名”。而在传统法学理论尤其“以财产的绝对性为核心的近代财产哲学”看来，[6]对财产的干预、控制须以“所有权”的存在为基础，对财产的干预和控制往往也被视为一种“所有权”的体现。因此，国家的资源干预要想获得充分合法性，最便捷的莫过于规定资源“属于国家所有”，哪怕只是一种“名义上的所有”。二是资源

[1] “博丹主权理论的绝对性是在‘权力场域里的绝对，即在权力场里它具有绝对性，走出这个场域它就没有绝对性了。博丹相信国王要受到传统的根本法的束缚。’”周永坤：《绝对主权理论的兴衰》，《法治论丛》2009 年第 2 期，第 144 页。
[2] 张翔：《海洋的“公物”属性与海域用益物权的制度构建》，《法律科学》2012 年第 6 期，第 101 页。
[3] 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 31 页。
[4] 一旦涉及国际场合，如外敌入侵或外资并购时，主权的“最高排他”效力就会体现出来。
[5] 国家的积极干预相当于对私人可自由获取的财产范围和权利行使的自主空间的压缩。
[6] 龙文懋：《西方财产权哲学的演进》，《哲学动态》2004 年第 7 期，第 45 页。

管理的复杂性。自然资源归根到底是给社会成员使用的，国家“所有”的最终目的是社会成员的更好利用。因此，与通常强调贯彻国家意志的一般权力事务不同，国家资源管理内在地具有双重限制的属性，既防止个人垄断，避免资源开发的低效、无序、无度、不公；又限制国家权力行使，保障资源利用的高效及惠益分享的公平，避免过度干预或偏离公益方向。因此，宪法也不能仅笼统授权，而应就权力行使的对象范围、基本内容和行使规则作出相对明确的规定，而这正是我国宪法第 9 条所做的。

综合来看，资源国家所有权虽然来源于资源主权，但并不直接等同于主权本身。宪法第 9 条的价值，也绝非仅仅对主权固有内容的宣示或重申，而是有着更加重要和实际的功能，即为资源主权的积极行使创设权力载体和概念装置，为资源制度体系的构建奠定宪法基础。当然，有一点必须承认，即使宪法没有规定资源国家所有权，也不意味着国家不能对资源活动进行任何立法或管理。但这并不是因为国家可以直接行使主权，而是因为国家还有其他权力形式可以依凭，而依据其他权力进行的资源干预与依据资源国家所有权进行的干预，在作用范围、行使条件、具体内容及目的功能等方面，都存在重大差别。对此，笔者将另文详述。

结　语

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

“坚持依法治国首先要坚持依宪治国，坚持依法执政首先要坚持依宪执政。”[1]依宪治国和执政首先要坚持把宪法当宪法看、当宪法用，实现公权与私权、国家与个人之关系的规范化，根据规范去判断和探寻公权与私权、国家与个人之界限。就自然资源利用这一上关国运、下及民生的重要公共事务而言，摆脱概念主义窠臼，着眼实质功能，以宪政思维对相关宪法规范的解读为原点，才能找到形成科学秩序的指针，为公、私内容繁复交织的制度大厦打下坚实基础。资源国家所有权“公权说”即为此方向的一种探索，尽管其远非完善。

[1] 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》。

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

* 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”，《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”，《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。

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“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。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。[3]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

[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；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。

[2] 肖泽晟：“宪法意义上的国家所有权”，《法学》2014 年第 5 期。

[3] *K. Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 190.

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”，[1]但很少有学者从“国家”能否成为基本权利主体角度加以论证，[2]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

[1] 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，相关文章参考前注 1；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，巩固文可参考前注 1。

[2] 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，程雪阳文可参考前注 1。

以证成“国家所有权”的存在，[1]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，[2]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，[3]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。[4]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-政治的视角界定国家。[5]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”。[6]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

[1] 如税兵和王旭的文章。
[2] 前引注5，肖泽晟文。
[3] *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, II 1800-1914, München 1992, S. 108.
[4] 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.
[5] Ebd., S. 615.
[6] *P. v. Oertzen*, Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1974, S. 176f.

法权利。[1]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，[2]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。[3]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”。[4]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”。[5]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。[6]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”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

[1] [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。
[2] *H. Heller*, Staatslehre, in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. 3, Leiden 1971, S. 130ff.
[3] *H. Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, Wien 1993, S. 16ff.
[4] Vgl. *E. Schmidt-Aßmann*, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., Springer Verlag, Berlin 2006, S. 82.
[5] *C. Möllers*, Der vermisste Leviathan. Staatstheorie in der Bundesrepublik, Frankfurt am Main, 2008, S. 44ff.
[6] 有关“公法人”的概念，可参考葛云松：“法人与行政主体理论的在探讨——以公法人概念为重点”，《中国法学》2007年第3期；周友军：“德国民法上的公法人制度研究”，《法学家》2007年第4期；[台]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[台]汤德宗主编：《宪法解释之理论与实务》（第四辑），台北：2005，291-410页。

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。

[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引注 20，葛云松文和李建良文。

三、“国家”的基本权利主体地位辨析

随着国家和社会的融合[1]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。[2]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；[3]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。[4]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。

[1] 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。
[2] [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；[台]陈敏：《行政法总论》，2004 年第 4 版，661 页下。
[3] *H. Maurer*, a. a. O, S. 45ff.
[4] *Maurer*, ebd., S. 49ff.

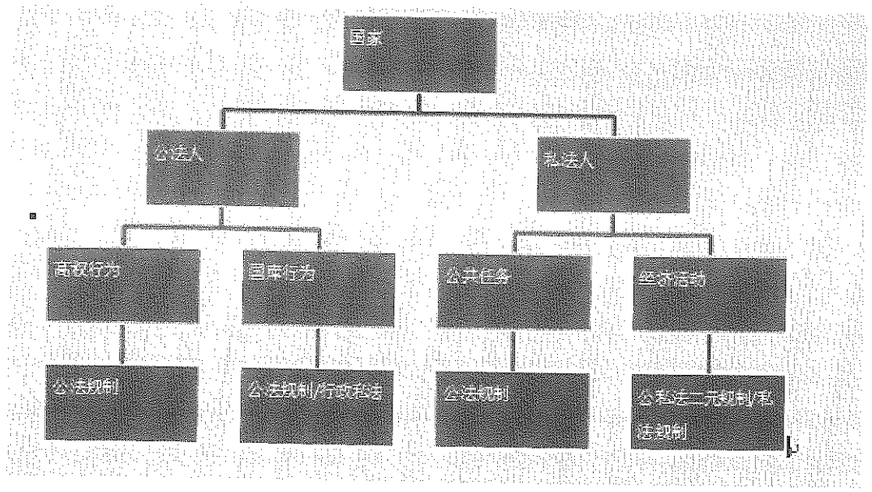


图 1：作为公法人的国家能否直接从事纯粹营利活动，并受私法规制，在行政法中颇多争论，基本而言，作为公法人的国家其行为均受公法规制，即使从事国库行为亦应受行政私法调整。

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

[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.

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，[1]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”。[2]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”。[3]

在德国基本法中，虽然基本法第 19 条第 3 款规定了“国内法人”的基本权利主体地位，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”[4]以及法人并非“国家延伸的触手”[5]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，[6]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，[7]则具有基本权利主体地位。尽管存在反对意见，[8]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”[9]，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）、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。[10]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

[1] *Dürig*, ebd., Rn. 6

[2] *Dürig*, ebd., Rn. 3

[3] BVerfGE 21, 362 (372).

[4] *O. Bachof*, Freiheit des Berufs, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III/1, 1958, S. 180f.

[5] *G. Dürig*, Der Staat und die vermögenswerten öffentlich-rechtlichen Berechtigungen seiner Bürger, in: Festschrift für W. Apelt, München und Berlin 1958, S. 37f.

[6] BVerfGE 21, 362 (378).

[7] BVerfGE 15, 256 (262); 21, 362 (373f.).

[8] 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.

[9] BVerfGE 45, S. 63 (79); 61, S. 82 (102f.).

[10] 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.).

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”，[1]财产权的功能在于，“确保个体在财产法领域中的自由空间，并藉此能够自主安排自己的生活”。[2]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。[3]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”。[4]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。[5]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”。[6]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）”，[7]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。

---

[1] 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).
[2] BVerfGE 24, S. 367 (389); 68, S. 193 (222).
[3] *H. –J. Papier*, Unternehmen und Unternehmer in der verfassungsrechtlichen Ordnung der Wirtschaft, in: VVDStRL 35 (1976), S. 82.
[4] *Papier*, in: Maunz-Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, Art. 14, Rn 3.
[5] *P. Krause*, Eigentum an subjektiven öffentlichen Rechten: die Tragweite des Eigentumsschutzes von öffentlich-rechtlichen Leistungsansprüchen am Beispiel der Rentenversicherung, Berlin 1982, S. 42ff.
[6] 持此观点的是，*A. Arndt*, Das Problem der Wirtschaftsdemokratie 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.
[7] *Papier*, a. a. O, Rn. 4.

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）”，[1]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，[2]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，[3]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”。[4]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”。[5]

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

[1] *Papier*, ebd., Rn. 4.
[2] *F. Becker*, in: K. Stern/F. Becker (Hrsg.), Grundrechte Kommentar, Art. 14, Carl Heymanns Verlag 2010, Rn. 55ff.
[3] 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 Zeitler, Bd. I, Berlin 1987, S. 625ff.
[4] *N. Luhmann*, Grundrechte als Institutionen. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, 3. Aufl., Berlin 1986, S. 110.
[5] *Luhmann*, ebd., S. 112f.

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。[1]

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”，[2]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，[3]宪法中的基本权利，如财产权、职业自由、契约自由（从基本法第 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”，[4]因而基本权利并无法真正建构起经济系统的“组织原则”。[5]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

[1] *Luhmann*, ebd., S. 115.
[2] *Luhmann*, ebd., S. 116.
[3] *Luhmann*, ebd., 115f.
[4] *Luhmann*, ebd., 116f.
[5] *Luhmann*, ebd., 116，注 24.

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”。[1]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，[2]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？[3]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。[4]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”。[5]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”，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，

[1] *Luhmann*, ebd., S. 117.
[2] *Luhmann*, ebd., S. 122.
[3] *Luhmann*, ebd., S. 122.
[4] *Luhmann*, ebd., S. 121.
[5] *Luhmann*, ebd., S. 120.

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

[1] *Luhmann*, ebd., 117.
[2] *Luhmann*, ebd., 117.
[3] *Luhmann*, ebd., 117.
[4] *Luhmann*, ebd., 118.

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”

[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《彭真文选》（1941-1990），人民出版社 1991 年第 1 版，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，486-488 页。

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。[1]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。[2]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”。[3]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

[1] 《彭真文选》，447-448 页。
[2] 蔡定剑著：《宪法精解》，法律出版社 2006 年版，103-104 页。
[3] 参考李忠夏：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。

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

[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。

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，

[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.

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”，[1]而第 12 条第 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”，[2]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。[3]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。[4]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

[1] 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] 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。”

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

[4] 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。

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。[1]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，[2]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。[3]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），[4]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

[1] 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。
[2] 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”。
[3] 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，42 页。
[4] 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。

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”，[1]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，[2]其基础也并非是宪法中的“国家所有权”或者是某种政治哲学上的平等观，[3]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

[1] 甘超英：“新中国宪法财产制度的历史回顾”，《中国法学》2010 年第 4 期。
[2] 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。
[3] 参见前引王旭文。

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。

大陆法系民法之土地所有权
——对所有权概念的观念史考察

李凤章*

内容摘要：民法土地所有权制度是法律移植的产物。大陆法系的土地所有权乃是国家在涤除土地上的公共权力因素，使土地成为单纯的财产之后建立的私人对于土地的终极支配权。所有权将土地在立法规制之外甚至人类认识之外的潜在价值归属于个人，确立了所有权享有的无条件性，从而建立起所有权人相对于国家的终极地位，所有权因此构成了国家权力的边界。我国的土地所有权是主权意义上的所有权，而非财产权。

关键词：土地　所有权　财产权

一、大陆法系土地所有权的本质

所有权，我国通说认为，乃是于法令限制范围内，对于所有物为全面支配的物权。因此，所有权具有全面性，所有权人对于所有物，于法令限制范围内，可以全面地、概括地占有、使用、收益和处分；所有权具有整体性，所有权人对于标的物有统一的支配力，其内容不可个别让渡或者部分让渡；具有弹力性，于所有物上设定之负担消灭时，土地所有权当然恢复其圆满状态；具有恒久性，不得预设时间的限制，亦不因时效经过而消灭；具有观念性，非以对物的现实支配为必要。[1]但是，这样界定所有权，实际上是把所有权放在和他物权相对的范畴来理解，因此就认为所有权的功能主要在于确定物的归属，从而将其作为他物权的权利基础。从这种理解出发，一些和大陆法系个人所有权观念截然不同的概念，例如我国的国家土地所有权和集体土地所有权，竟然也非常吻合所有权的要求，因此被堂而皇之地规定在物权法当中。但是，我国的土地所有权又不得交易，因此与大陆法系土地所有权具有本质的差别。那么，大陆法系土地所有权的本质到底是什么，对所有权的理解，到底应该将其置于与何种概

*李凤章，上海大学法学院教授，法学博士。

1 梁慧星：《中国物权法研究》（上册），法律出版社，1998 年版，229－234 页。

念的对应关系中呢？这是理解我国土地所有权必须首先研究的一个问题。

要想理解一个制度，必须深入它形成的历史，“某种专有名称，是借助于某些与这个名称有关的历史事实去指称某个特定的对象的”。[1]土地所有权，作为对封建土地制度的反动，体现的恰是土地从中世纪欧洲的权力载体到近代成为单纯财富客体的转变。因此，对所有权本质的理解，就必须首先从欧洲中世纪土地制度的特点出发。

（一）中世纪欧洲土地制度的特点

1、土地成为公共权力的载体

中世纪欧洲的王权相对式微，国王不过是所有富贵者中最富贵的一个，尚不具有大一统的专制统治能力，所谓国家也只不过是某一国王势力所能达到的范围，而完全没能成为一个科层严密的独立共同体形式。[2]由于“国王缺乏能够使专制主义成为一种现实统治的手段和工具”，[3]而不得不借助土地所有权的逐级分封建立自己的统治体系，国家的统治权和主权被各级领主僭越。庄园领主是一个庄园社会的统治者兼业主，他对他的农奴和贱农，兼有征税权和司法权。[4] “一些大土地的所有者，并非仅仅及于空旷的土地，而且及于那些在土地上劳作的人，或者及于那些对在土地上劳作的人享有权利的小领主。领主权就是财产权，它是来自上级的法律保护的客体；同时，领主权又是司法管辖权，是对下属的权利给予司法保护的渊源”。“中世纪国家------的财产权和主权到处相互转化。”[5]伯尔曼也认为，封建法最重要的一体化因素之一就是政治权利与经济权利的结合，也即管理的权利与使用处分土地的权利的结合。[6]换句话说，各级统治者正是利用对土地的处分权的保留，来实现对社会的资源分配和控制的。而用来表达这种结合的术语是拉丁文的 dominium（领有权）一词，其含义一方面是指如同领主权的东西，另一方面是指如同所有权的东西。土地所有权是领主权的载体，通过掌握土地的所有权，并不断地将其分封给下级封臣或者农民，领主获得了成员的社会效忠和各种财富的供给。领主权是所有权的内核，对于领主来说，其掌握土地所有权的目的，并非获得土地上的产出或者价值，而是要获得自身对社会权力的控制和垄断。实际上，对于领主来说，来自其行使公共权力的收入甚至还要大于其土地收入。例如，作为中世纪法国一个典型的领地，1398－1399 年，蓬·圣皮埃尔领地的收入构成中，封建收入要占到领地收入的 92%。其中，司法权收入 15%，磨坊

[1] [美]索尔·克里普克：《命名与必然性》，梅文译，上海译文出版社 2005 年版，5 页。
[2] 冉昊：《论两大法系财产法结构的共通性》，《环球法律评论》2006 年第 1 期。
[3] 参见 W.L.Warren：《亨利二世》，1983，第 243 页。转引自冉昊：《论两大法系财产法结构的共通性》，载《环球法律评论》2006 年第 1 期。
[4] [美]汤普逊：《中世纪经济社会史（300—1300 年）》（下册），耿淡如译，商务印书馆 1997 年版，391 页。
[5] [美]汤普逊：《中世纪经济社会史（300—1300 年）》（下册），耿淡如译，商务印书馆 1997 年版，324 页。
[6] [美]哈罗德·J·伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方译，中国大百科全书出版社 1993 年版，381 页。

垄断收入占 14%，定额地租 63%，来自于领主土地直接开发的收入仅占 8%。[1]此时，土地与其说是财产，不如说是实现社会控制的媒介，其承载着重要的社会功能和公共权力。

2、土地占有具有身份性和义务性，不得继承和转让

在中世纪，由于货币缺乏和国家权力的相对弱小，国家无力建立有力的税收征收机制。“在封建的盛世，公共征税是不存在的，甚至国王也依靠自己的收入而生活。就是说，他们依靠的是王室庄园的收入，而不是赋税的进款。”[2]而为了获得附庸的各种劳役服务，------给附庸一份地产或提供一份固定的地产收入，供其维持生计，显然，更有成效，也更愿意为领主和附庸所选择。而这样的一个封地，本身是一些财产权利和人身权利不可分解地混合在一起的一种有机的、完全的结合。[3]实际上，所谓封地，本身就是对封臣的一种效忠服务的报酬。14 世纪萨克森法鉴的注释这样界定：“采邑（lehn），付给骑士的报酬。”[4]采邑指的是一种转让的财产，它所换取的不是支付某件东西的义务——即使有必要，也是在次要方面——而是做某事的义务。更确切的说，一块采邑不仅包含一种承担役务的义务，而且也涉及到一种非常明确的专门职业和个人行为因素。假如采邑被授予一位管家，那么条件就是管家忠实地为领主监督其他佃户；假如授予一位油漆工，那么代价就是油漆工为他所服务的教堂进行装饰------最后，假如授予一位附庸，即领主手下的一位武装亲兵和一位职业武士，那么这种佃领地就承担了特殊性质的役务。这种佃领地的独特性主要在于这一事实，它是一种报酬形式，简言之，是一种薪俸性质的佃领地。[5]因此，封地的授予和保有与封臣特定的身份与效忠服务是密不可分的。

既然土地的占有以占有人一定身份的存在为前提，同时土地占有也构成了占有人履行义务，提供效忠的物质条件，那么，原则上某一土地只能根据上级领主的同意而占有。没有上级领主的同意，基于此信任关系的土地占有不得被他人获得。所以，原则上来说，土地占有是禁止继承或者转让、抵押的。而对于直接占有土地的佃农来说，其处于分封制下的最底层，土地也并非其财产，而是其提供劳役和履行公共义务的保障。其对土地权利的享有，最初完全取决于领主的意愿，不得继承，不得转让，甚至土地上种植什么都无法做主。领主不但享有土地的最终处分权，而且对土地的耕作种植也享有相当程度的控制权。土地保有权既是财产权，也是劳动权的概念。[6]一些法兰克贵族及后来的法国贵族，当被问到其领地收入多少时，都乐于这样回答：500 人。

[1] [美]乔纳森·德瓦尔德：《欧洲贵族：1400－1800》，姜德福译，商务印书馆 2008 年版，80-81 页。
[2] [美]汤普逊：《中世纪经济社会史（300—1300 年）》（下册），耿淡如译，商务印书馆 1997 年版，392 页。
[3] [英]亨利·梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆 1996 年版，205 页。
[4] [法]马克·布洛赫：《封建社会》，张绪山译，商务印书馆 2005 年版，282 页。
[5] [法]马克·布洛赫：《封建社会》，张绪山译，商务印书馆 2005 年版，280-281 页。
[6] [英] S.F.C.密尔松：《普通法的历史基础》，李显东等译，中国大百科全书出版社 1999 年版，104 页。

[1]汤普逊也说："尽管我们常常把农奴的土地，叫做保有地（tenure），但按照法律的意义来说，保有地是保有农奴的，而不是农奴保有保有地。保有地规定了他的身份，法律上他是一个不自由人。"[2]甚至到了 1788 年，在德意志的大多数邦国，农民还不得离开庄园，如若离开，得到处追捕，并以武力押回。对于农民来说，耕种土地永远是强制性的。[3]由于土地转让会影响到占有人义务的履行，所以，"任何土地转让，尤其是向教会的捐赠，除非直接授予捐赠人土地的领主，以及其他所有的领主，直至国王愿意确认其捐赠行为，否则是不可能的。"[4]

3、土地占有成为权力的附属物

在封建社会，尽管附庸或者佃农也能够根据领主的意愿占有土地，并享有一定的土地收益，但是，这种权利是极不稳定的。首先，缺乏明确有力的法律保障，随时可能被领主收回。只有国王才是真正的、完全的土地所有人，这种法律地位，使得国王拥有了根据自己好恶任意收回或者授予自己王国内土地的权力。收回土地也许需要正当的理由，但是，可以想象的是，这种理由是可以虚构的。其次，领主有权力随时进入采邑、监督采邑管理和提取采邑产品，封臣则没有任何转让采邑的权利，所承担的义务也带有极大的不确定性。最后，权利的不稳定性还表现为权利的有期限性。由于采邑的授予是对委身者的报酬，所以它的有效期即是这种人身依附关系的有效期。附庸对恩地或采邑的持有，既以附庸的死亡为限，也以领主的死亡为限。[5]土地保有人死亡后，他对土地的保有即告结束，而且原则上领主可以将保有土地收回，然后将土地保有权转让给新的土地保有人，这位新的土地保有人，又像死去的土地保有人一样掌握这块土地，如此周而复始，新的循环又开始了。[6]

其次，土地占有人不仅仅对领主承担各种劳役、定额地租等身份性义务，同时，也通过向社会其他成员开放土地的方式间接承担着公共权力的社会责任。封建社会耕田的第一个显著特征，就是广为开放。[7]实际上，"作物一旦收获，土地就不是个人财产了。""土地只在庄稼生长时才得到保护，一旦收获后，从一种人权角度讲，土地成为所有人的共同财富，不管他是富人还是穷人。"[8]18 世纪的一位法学家也说，作为耕田或牧场占有者，"财产所有者只有在村社的权力限制之下的极为可怜的一点产业。"[9]地块的圈占不仅不符合习惯，它还是违禁的。[1]凭借开放的土地，土地占有人

1 [法]马克·布洛赫：《法国农村史》，余中先译，商务印书馆 1991 年版，86 页。
2 [美]汤普逊：《中世纪经济社会史（300—1300 年）》（下册），耿淡如译，商务印书馆 1997 年版，363 页。
3 [法]托克维尔：《旧制度与大革命》，冯棠译，商务印书馆，1997 年版，64-65 页。
4 [英] S.F.C.密尔松：《普通法的历史基础》，李显东等译，中国大百科全书出版社 1999 年版，116 页。
5 [法]马克·布洛赫：《封建社会》，张绪山译，商务印书馆 2005 年版，291 页。
6 [英] S.F.C.密尔松：《普通法的历史基础》，李显东等译，中国大百科全书出版社 1999 年版，108 页。
7 [法]马克·布洛赫：《法国农村史》，余中先，商务印书馆 1991 年版，50 页。
8 [法]马克·布洛赫：《封建社会》，张绪山译，商务印书馆 2005 年版，62 页。
9 [法]马克·布洛赫：《法国农村史》，余中先，商务印书馆 1991 年版，57 页。

之外的其他人可以获得放牧、打猎、获取柴草等利益。从而，土地间接地承担了社会保障的职能。

（二）迈向个人主义：作为公共权力边界的个人所有权的确立

1、土地公共权力的涤除

中世纪后期，先是在西欧，后来在东欧，领主土地所有权自身的性质逐步发生了深刻的变化，所有权正和司法权和警察权的公开实施相分离。------[2]公共权力逐步地不再依赖于土地所有权，而依赖国家所建立的官僚科层体系。在这一变迁的过程中，国家其实扮演了重要的角色。由于土地附带公共权力的做法，意味着国家权力被各级领主所分割，当政府变得更加强大，更加集权化，更加专业化的时候，他们也就再也不能容忍庄园主们借助所有权对公共权力的僭越。于是，1439 年，法国政府确立了它无须领主同意即可向农民征税的权力。同时，宣布领主自行征税的行为为非法。[3]17 世纪，法国政府发动了一系列对庄园主权力的调查，对领主要求行使的绝大多数公共权力不时提出质疑。而德国西南部的一些小邦里，从 16 世纪开始，诸侯们就要求所有居民不再服从任何领主的权力；他们要求对那些居住在其领地上的居民拥有独一无二的权力，他们把其他领主权看作是对这一权力的不可接受的侵犯。[4]最终到 18 世纪的时候，在法国，领主就几乎不再具有什么公共权力。其几乎不再是国王的代表，不再是国王和居民之间的代理人。公共事务的执行转由国王的官吏承担，领主事实上只不过是一个享有免税权的第一居民而已。------领主权力中的政治部分已经消失，只有金钱部分保留下来。[5][11]69 同样的是上述蓬·圣皮埃尔领地，14 世纪以后，其领地中的封建收入就越来越少，到 1780 年，封建收入仅仅占到了领地总收入的 11%，其余的收入均来自于森林和土地的产出。[6]而领主的司法权，随着案件越来越多地被转移到新的国王法院，随着君主对庄园法庭设立条件的日益严格，也变得越来越成为负担。"领主的司法权，15 世纪还是一项收入，16 世纪就日益成为一种公共负担，成为一种代价昂贵的公共威望。"[7] "地产的本质已变成它能生产的东西，而不是它对人民的权威。"[8]德瓦尔德因此认为，领主权逐渐衰落，土地变为一种单纯的财产，这构成了近代早期最重要的社会变迁的一个。[9]

2、土地占有作为财产权的强化

1 [法]马克·布洛赫：《法国农村史》，余中先，商务印书馆 1991 年版，58 页。
2 [美]乔纳森·德瓦尔德：《欧洲贵族：1400－1800》，姜德福译，商务印书馆 2008 年版，92 页。
3 [美]乔纳森·德瓦尔德：《欧洲贵族：1400－1800》，姜德福译，商务印书馆 2008 年版，84 页。
4 [美]乔纳森·德瓦尔德：《欧洲贵族：1400－1800》，姜德福译，商务印书馆 2008 年版，85 页。
5 [法]托克维尔：《旧制度与大革命》，冯棠译，商务印书馆，1997 年版，69 页。
6 [美]乔纳森·德瓦尔德：《欧洲贵族：1400－1800》，姜德福译，商务印书馆 2008 年版， 80-81
7 [美]乔纳森·德瓦尔德：《欧洲贵族：1400－1800》，姜德福译，商务印书馆 2008 年版， 84 页。
8 [美]乔纳森·德瓦尔德：《欧洲贵族：1400－1800》，姜德福译，商务印书馆 2008 年版， 85 页。
9 [美]乔纳森·德瓦尔德：《欧洲贵族：1400－1800》，姜德福译，商务印书馆 2008 年版，80 页。

（1）土地占有逐渐变为可继承。在传统社会，时间本身就可以强化既有的习惯，一个已经享有多年的权利，在习惯法上也总会受到更多地尊重。采邑一旦授予附庸，附庸关系中子承父业的要求就会变得难以抵御。[1]实际上，领主由于得到土地保有人的效忠而负有的把保有土地授予土地保有人的一个继承人的义务，远在确定谁是继承人的习惯形成之前就已经确立了。[2]在 11、12 世纪，采邑的可继承性成了一种客观的和普遍的规范，它在含义上比较准确，而且在整个欧洲多少是统一的。[3]

继承制之所以形成，归根于领主没有必要反对采邑的世袭占有。首先，他需要附庸，还有什么比在那些为他效劳过的附庸的后代中招募附庸更合适的呢？其次，拒绝将父亲的采邑授予其子，不仅有阻断另外委身行动的风险，而且还陷入一种危险境地，即警示手下的其他附庸，使他们明白无误地意识到他们的后代将来所要受到的处理。剥夺孩子的权利将使所有循规蹈矩的人绝望。[4]大主教欣克马尔也说，假若一个附庸因年事已高或体弱多病而不能履行其职责，而以其儿子代行其职，那么，就不允许领主剥夺他的土地。[5] “在最初便利、权宜行为的基础上，真正的采邑继承权，在加洛林帝国瓦解后开始的动荡不安而又富有革新成果的时期中，逐渐形成，各地的发展都倾向于这个方向。”[6]“子承父业的仪式已经成为普遍的习惯，在到处都以法律意识觉醒为标志的封建社会第二阶段，这种习惯成为法律。”[7]通过土地占有权的继承，土地权利的稳定性预期大大加强。

（2）土地流转性大大增强。到 1300 年，货币经济已经大体上取代了以前的自然经济。[8]整个社会的流动程度大为加强。过去冻结于土地财产上的固定资本已被贸易和商业的流动资本所代替。[9]在西欧方面，第一次十字军东征使得封建欧洲的整个社会被投入到了一种流动的状态里。骑士和贵族继续押出他们的土地以求现款，高利率到处流行，抵押期满还款拖延，因而债主拒绝承认赎回权而占取了抵押品的情形不断发生。[10]尤其是参加十字军的人们，更享有无需领主的同意即可转让他们土地的特权。1145 年尤金三世曾发布命令说，如果他们（十字军参加者）的亲戚或者所住土地的领主不能或不愿供给他们必要的现款，他们无须获得他们领主的同意，得把他们的土地及其他财产典当给教会、僧侣或者其他的人。准许附庸没有获得他们宗主的同

[1] [法]马克·布洛赫：《封建社会》，张绪山译，商务印书馆 2005 年版，313 页。
[2] [英] S.F.C.密尔松：《普通法的历史基础》，李显东等译，中国大百科全书出版社 1999 年版，109 页。
[3] [美]哈罗德·J·伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方译，中国大百科全书出版社 1993 年版，371 页。
[4] [法]马克·布洛赫：《封建社会》，张绪山译，商务印书馆 2005 年版，.314 页。
[5] [法]马克·布洛赫：《封建社会》，张绪山译，商务印书馆 2005 年版，315 页。
[6] [法]马克·布洛赫：《封建社会》，张绪山译，商务印书馆 2005 年版，316 页。
[7] [法]马克·布洛赫：《封建社会》，张绪山译，商务印书馆 2005 年版，323 页。
[8] [美]詹姆斯.W.汤普逊：《世纪晚期欧洲经济社会史》，徐家玲，商务印书馆 1996 年版，8 页。
[9] [美]汤普逊：《中世纪经济社会史（300—1300 年）》（下册），耿淡如译，商务印书馆 1997 年版，445 页。
[10] [美]汤普逊：《中世纪经济社会史（300—1300 年）》（下册），耿淡如译，商务印书馆 1997 年版，504 页。

意，就可以处理他们的土地这一办法，动摇了封建政府本身的基础。[1]在促使土地流转的这一过程中，教会起了巨大的作用。根据教会档案柜里保存下来的 10、11 及 12 世纪的出卖和赠送契约，在教士书写的前言里，通常转让人都宣称对自己的物产拥有完全自由的处理权。由于教会不断接受赠礼而变得富裕起来，而且被委以保护人们灵魂的责任，所以，它几乎不能承认，那些渴望保证他们及他们亲人的灵魂得救的忠实信徒们，在行使权利上会遇到障碍。[2]并且，为了促进这种转让，教会法坚持家庭财产应该在继承人之间分割，而且它还规定，当权属存在争议时，权利必须根据书面文件的制作来确定，这种方式显然有力地摆脱了庄园法土地保有习惯的影响。[3]

这样，从 12 世纪起，通常模糊不定却为一些宽松的集体原则支配的习惯，逐渐被更准确、更清晰的法律制度所代替，与此同时，经济上的变化也使有关买卖的限制变得越来越令人厌烦。[4]真正的土地买卖变成了无需掩饰的经常性交易，各种宗亲关系对土地转让的限制也越来越小。起初规定，每一份土地以可接受的价格转让之前，应首先售给亲属。最后，大约从 13 世纪开始，家族对土地买卖的控制被简化为对亲属权利的简单承认：一旦土地出售，在规定的范围内，按照约定的顺序，亲属在偿还已付地价基础上，可以取代买主的地位。[5]

3、公共权力的主权化和财产权的所有权化

在封建法时期，由于土地上的公共权力和财产权不分，所有权意味着统治权，所有权在不同等级领主之间的分割，也就意味着统治权的分割。而封建领主之间常常为了利益争夺而彼此征伐，弄得民不聊生。为了结束无休止的战争和国家四分五裂的局面，维护社会秩序和人民财产安全，让·博丹在《论共和国》一书中首先阐述了主权概念。他认为，主权就是在一个国家中进行指挥的绝对的和永久的权力，国家必须独自享有主权，没有主权就没有社会的安定，一个共同主权的存在，既是一个政治社会得以构成的根本要素，也是把国家同包括家庭在内的其他一切群体区别开来的标志。[6] “除非主权得到承认，否则一个有良好秩序的国家是不可能存在的。”而主权在性质上是不同于所有权的；君主绝不是公共领域的所有者，因此他不能转让它。[7]这样，通过强调国家的抽象物的性质，并赋予其神圣化的主权观念，国家就不再需要所有权作为自己公共权力及其财富来源的理由，就彻底摒弃了私法上的国家观念。“所有现存的私法元素（采邑法、领主司法审判）等应该被长期取消。” [8]而一旦清除掉土地

[1] [美]汤普逊：《中世纪经济社会史（300—1300 年）》（下册），耿淡如译，商务印书馆 1997 年版，505 页。
[2] [法]马克·布洛赫：《封建社会》，张绪山译，商务印书馆 2005 年版，228 页。
[3] Galliard Thomas Lapsley, The origin of property in land, in 8 American Historical Review(1902).
[4] [法]马克·布洛赫：《封建社会》，张绪山译，商务印书馆 2005 年版，229 页。
[5] [法]马克·布洛赫：《封建社会》，张绪山译，商务印书馆 2005 年版，230 页。
[6] 江国华：《近代主权概念的演进及其元价值》，《湘潭大学学报》2004 年第 5 期。
[7] 萨拜因：《博丹论主权》，邓正来译，《河北法学》2008 年第 9 期。
[8] [德]米歇尔·施托莱斯：《德国公法史：国家法学说和行政学》，雷勇译，法律出版社 2007 年版，107 页。

上的公共权力因素之后，原来的国家就取得了中央的集权，个人成了纯粹的私人，土地所有权就成了纯粹私法的东西。如果说公共权力可以分级行使，因此代表公共权力的所有权可以逐级分封的话，现在一旦“神圣的土地依据不同的经济考虑成为庸俗的商品，成为长期的、货币价值的经济财产，成为资产负债的一个项目，土地可以被买卖、分割、组合，在土地之上浇灌混凝土、堆满垃圾或对土地加以美化”，[1]其财产权的分级行使就变得不合时宜且无法忍受。“为了使得商品关系的流通必要性不受到阻碍，使用权和用益权原则上不得从处分自由和其所包含的举债自由中分割出来，并且其亦不能相互掣肘。”[2]于是，针对封建的和等级的义务，市民法提出了脱离一般目的的自由的、抽象的、无所不包的所有权。[3]但此时，大陆国家就面临着一个问题：所有权应该确定给谁？上级领主还是最底层的土地直接占有人？对此，法国和德国采取了不同的策略。就法国来说，在许多世纪中，所有有关土地权的诉讼或有关土地收益的诉讼都是以“法定占有”为依据，而从来不是以所有权为依据，也即土地占有的合法性受传统习惯保护。但是罗马法权利观念的输入就使得所有权的确定成为必要。究竟谁是租地所有者，是领主还是平民？这成了一个困扰人的问题。从 13 世纪起，有一些实践家，从 16 世纪起有一些著作家，如著名的迪穆兰，他们认为份地佃农是租地的所有者。到 18 世纪这已成为公认的看法。当时土地由领主管家分类登记以便于征收田租，而登记经常是按人头排列，记上承担负担的土地持有者的姓名，这是决定“所有者”的字。它确认和加强了永久性这一概念，即佃农对房屋和田地行使固有的物权。[4]于是，至法国古代法末期，佃农的使用权逐渐变成了一种真正的所有权，而封建特权则被视为对所有权来说无法容忍的否定而不复存在。[5]至法国大革命前夕，封建领主对土地的控制力已成为有名无实即空洞形式。[6]1791 年，制宪会议制定法令，规定废除一切封建的土地上的负担，而不给予任何补偿，从而重建了被封建制度肢解的个人主义所有权。正如学者所说，法国大革命对于土地的基本任务是：给予土地所有权以动产相同的绝对性、私人性和永久性。[7]而对于德国来说，一方面，承认农民的所有权，可以赋予农民与政府对抗地主的武器，贯彻政府保护农民的政策。[8]另一方面，德国缺少法国那样的平等分配，其任务不是消灭贵族，而是维护贵族，并且促使贵族向资本阶级转化。根据 1807 年普鲁士《关于放宽土地占有的条件限制和自由

[1] [德]罗尔夫.克尼佩尔：《法律和历史—论<德国民法典>的形成与变迁》，朱岩译，法律出版社 2003 年版，244 页。
[2] [德]罗尔夫.克尼佩尔：《法律和历史—论<德国民法典>的形成与变迁》，朱岩译，法律出版社 2003 年版，240 页。
[3] [德]罗尔夫.克尼佩尔：《法律和历史—论<德国民法典>的形成与变迁》，朱岩译，法律出版社 2003 年版，241 页。
[4] [法]马克·布洛赫：《法国农村史》，余中先译，商务印书馆 1991 年版，148 页。
[5]尹田：《法国物权法》，法律出版社 1998 年版，116 页。
[6]尹田：《法国物权法》，法律出版社 1998 年版，118 页。
[7]尹田：《法国物权法》，法律出版社 1998 年版，119 页。
[8] [德]维亚克尔：《近代私法史—以德意志的发展为观察重点》，陈爱娥、黄建辉译，三联书店 2005 年版，228 页。

使用地产以及农村居民的人身关系的敕令》以及 1811 年的《关于调整地主和农民关系的敕令》，解除农民的封建义务是有条件的，就是或者由农民缴付常年地租 25 倍的赎金，或者将其占有的 1/3 到 1/2 的耕地割让给地主。[1]这样土地制度改革的结果，固然也对农民的土地所有权给予了承认，但更是“19 世纪上半期地主地产的巨大扩展，易北河以东地区比改革以前更成了大地主的天下。”[2]但所有权主体的限制，并不能否认所有权本身的存在和性质。无论如何，作为个人财产，而非公共权力载体的土地所有权确立起来了，下一步也许只是土地所有权人的平民化而已。

4、所有权的绝对性

由于主权被归于国家，并且被赋予神圣性，作为妥协或者补偿，更作为个人主义的要求，所有权的私法地位相应地也就应该加强，以获得对抗国家强权的力量。当法学把国家和社会利益当作公法目的的时候，私人同样也必须被视为目的，只不过这种个人的神圣性被放到了私法体系中。换句话说，如果公共权力意义上的主权被统一为国家所有，那么，经济意义上的土地主权却必须保留给所有权人。恰在此时，大陆法系国家，包括让·博丹本人都受到了罗马法的滋养。而罗马法中的所有权，因为其内在的神圣性和绝对性，恰恰是可以用来确立所有权在私法上的绝对地位的。罗马法的所有权观念把土地所有权和地域主权等量齐观。[3]在罗马法上，土地几乎是一块封闭的和独立的领土，它把所有依附于它的部分作为添附加以吸收，禁止他人未经家父同意进入自己的区域或行使任何权利。[4]典型的罗马土地是划界地，它的边界通过庄重神圣的仪式——划界加以确定，并且不是由几何线条而是用一条自由的、不受约束的小路来显示，这条小路属于神护物，同围绕古罗马城墙的城界一样。城市土地也享有同样的独立性，划线小道的功能在这里由缘线发挥，它也是宽 5 英尺，围绕着每一建筑物，无论是只用于家庭居住的早期的房子，还是后来的住区或出租房。[5]甚至，根据罗马法的观念，所有权应当免除土地税，因为在早期人看来，这种税具有使用和占有支付补偿的性质，而应当接受这种补偿的人应该是所有主。相反，如果是意大利行省的土地，由于土地属于国家所有，土地占有人当然不能免除这种土地税。[6]尽管到了戴里克先（公元 292 年）时代，意大利土地的豁免权被终止，但“除公共税捐外，也不能够针对所有权征收土地税赋，这使得地上权和永佃权被排除在罗马法的所有权概念之外。”[7]这样，在罗马法中，所有权就意味着土地所有人在自己的土地上建立了

[1]楚汉：《近代德俄农业发展之比较》，《郑州大学学报》(社会科学版)，1996 年第 6 期。
[2]陈擢：《论德国 19 世纪初的农业改革和经济发展》，《内蒙古农业大学学报》(社会科学版)2006 年第 2 期。
[3][意]彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社 2005 年版，148 页。
[4] [意]彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社 2005 年版，182 页。
[5] [意]彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社 2005 年版，183 页。
[6]可见，在人类历史的早期，税是被混同为地租的。
[7] [意]彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社 2005 年版，148 页。
149 页。

与国家公权力分庭抗礼的自治帝国。在罗马法的影响下，让·博丹的主权理论，在弘扬和神圣化国家主权的同时，也认为，国家的目的仅在于用主权对若干家族及其共同财产进行合法的统治。家庭及其财产是国家的基础，二者属于自然法的范畴。因此，家庭所固有的财产权，对主权者的权力设定了一种明确的限制：有关国家的管辖权仅止于一户之门槛。[1]在门槛之内，属于所有权人的管辖事项。当然，在让·博丹那里，财产主要是家庭所有，但是，这并不妨碍其私有财产的本质。

所谓所有权的绝对性，或许法国民法典的规定可以作为最好的注脚。法国民法典544条规定，所有权，是指以完全绝对的方式，享有和处分物的权利，但法律或条例禁止的除外。[2]有法国学者认为，在法国民法典中，所有权的绝对性，仅指所有权人有权依其意愿支配其财产，在法定范围内，其支配是无限制的。[3]但如果真如此，法国民法典的表述完全可以是：所有权，是指在法律规定的范围内，以完全绝对的方式，享有和处分物的权力。两种表述的根本差别在于，法国民法典的原文强调了法律的禁止是一个除外，也即所有权人享有立法禁止之外的一切权利。而前述学者的认识，却变成了"所有权人享有立法之内的一切权利"。这样的理解把所有权从法律禁止之外的自由，变成了法律允许之下的自由，使得立法成为雄踞财产之上，并决定财产权利的有无及其内容的核心要素。本质上是立法至上的规范主义，它把财产降格为权力的婢女，为国家权力的张扬和国家管制的长驱直入洞开了方便之门。这与法国民法典所有权的精神是根本背离的。因此，所有权的绝对性强调的是在法律没有禁止的情况下对物的自由使用和处分，是法律之外的自由，而非法律之内的自由。国家权力固然可以立法限制所有权，但也仅此而已，凡是没有明确限制的财产利益，均被归属于所有权人。这样，所有权就划分了国家权力和个人之间的界线，确定了私人自治相对于国家公权力对于所支配财产的终极地位。这种终极地位，主要体现在土地潜在增值归属于所有权人和所有权享有的无条件性两个方面。

理解土地的潜在增值，必须首先明确土地和一般物的不同。土地本身具有时间上的永久性、空间上的立体性和构成成分上的包容性。从时间角度来说，土地本身除非地球毁灭，其不再以任何形态而存在外，并不会灭失，其存续具有永久性。而且土地作为地球的外壳，可以上达天空下达地心。其构成成分，则包含了各种水源、矿产等。而我们认识的能力是有限的，我们不知道将来的土地会如何利用，能利用到何种程

[1]萨拜因：《博丹论主权》，邓正来译，《河北法学》2008年第9期

[2]参见《法国民法典》，罗结珍译，中国法制出版社1999年版。与法国民法典关于所有权的规定相似，德国民法典903条规定，在不违反法律和第三人利益的范围内，物的所有权人可以随意处分其物，并排除他人的任何干涉。日本民法典第206条规定，所有人于法令限制的范围内，有自由使用、收益及处分所有物的权利。二者均强调的是，只要不违反法律的禁止性规定，所有权人可以自由占有使用收益和处分。而不是在法律规定的范围内，可以依法自由占有使用收益和处分。分别参见《德国民法典》，郑冲、贾红梅译，法律出版社1999年版；《日本民法典》，王书江译，中国人民公安大学出版社1999年版。

[3]尹田：《法国物权法》，法律出版社1998年版，133页。

度，是局限于地表，还是延伸到地球的深处和太空，土地中又蕴含着什么样的其他资源。在这种情况下，国家在将土地占有明确为财产权的时候，就面临着一个基本的问题，如何处理那些立法尚未规定甚至人类尚未可知的土地利益的归属。换句话说，占有人财产权的范围是限定的那么大，还是除了限定的无限大？由于个人主义的勃兴，所有权制度最终将任何超过认识能力，超过立法规制的土地的潜在价值，全部赋予给了所有权人。正如学者指出，所有权表述的是资产产生潜在价值的隐性特性，而非物理特性。它是所有权人获得土地潜在剩余价值的一种工具。[1]

这种土地的潜在价值主要包括以下内容：

（1）土地利用的潜在增值。土地的用途，除非国家经过立法明确加以禁止外，土地所有权人可以将土地用于任何潜在的用途。换句话说，只要是国家规划立法没有禁止的，土地所有权人均可以加以使用，而不必另外征得国家的同意。

对此，罗马法学家彼得罗·彭梵德认为，在罗马法上，所有权可以定义为对物最一般的实际主宰或潜在主宰。所谓最一般的主宰，是指所有权的权利是不可能以列举的方式加以确定的。换句话说，所有主可以对物行使所有可能行使的权利；物潜在的用途是不确定的，而且在经济社会运动中是变化无穷的，在某一特定时刻也是无法想象的。[2]迪特尔·施瓦布认为："所有权是一种非目的限定的权利。一般地说，对物的权利可以被限定目的，与此相对，也可以想象出一项本身包含所有法律上允许的对于一个物的权能的权利。这项权利不再被限定目的，其享有人可以使用物，可以出让物，可以把物扔掉，可以对物作任何事情，只要是法律制度允许私人去做的都行。民法典把这项权利叫做所有权。[3]这与所有权承担义务并不矛盾，也并不意味着国家不可以通过立法对土地的用途加以限制，而仅仅是表明：凡是法律限制之外的，均属于所有权人的自治范围。法不能规定所有权人可以做什么，而只能规定所有权人不能做什么。"法只以否定的方式界定所有权的内涵，确定对物主宰权的一般约束，即规定法律限度。[4] "物权正常的使用，在法律上并不重要，所有权人是否将物用于生产目的或消费目的，------是法律之外的事情。"[5]这样，所有权通过规定法律的边界而为所有权人打开了财产自由的无限空间。这一点可以和我国的出让土地使用权作比较。我国的出让土地使用权，其土地的使用，只能是按照出让合同规定的用途使用。即使土地利用符合了规划，例如该地块原属于工业区，土地用途为工业用地，现在规划变更为生活区，也并不意味着该幅土地的用途就可以当然变更为商品房开发用地。如果土地使用权人要想将该工业用地，转变为居住用地，必须和国家重新签订出让合同，补交出让

[1] [秘鲁]赫尔南多·德·索托：《资本的秘密》，于海生译，华夏出版社2007年版，37页。

[2] [意]彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社2005年版，148页。

[3] [德]迪特尔·施瓦布：《民法导论》，郑冲译，法律出版社2006年版，第225页。

[4] [意]彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社2005年版，148页。

[5] [德]罗尔夫.克尼佩尔：《法律和历史—论<德国民法典>的形成与变迁》，朱岩译，法律出版社2003年版，247页。

金。显然，就使用权来说，只有作为所有权人的国家允许的，才可以使用。而私法意义上的所有权则不同，它是除非国家禁止的，都属于所有权人可以利用的。

（2）时间经过的潜在增值。随着时间的经过，现在不知道、未发现或者无法实施的土地利用方式将变为现实，从而大大提升土地的价值。即使是现有的土地开发和土地投资，也很难完全评估其真正的价值。例如，现在土地上修建水利设施，增加土地的肥力等，由于土地仅用于小麦的种植，会觉得收益很低，但是，将来如果土地被用于种植名贵花卉或者药材等，土地的产出就大大地增加，其后假如又在农业开发的同时，进一步开发了观光业和休闲业，则其土地的利用价值更进一步提升。所有这些潜在的利用价值，如果仅仅局限于当下的眼光，显然是无法判断的。而所有权的永久性，无疑为所有权人享有潜在的时间增值，提供了制度保障。如果土地使用的权利是有期限的，那就意味着，土地使用人的投资所创造的价值在期限届满后归属于国家所有。即使国家给予补偿，也只能是现有预见到的价值的补偿，对于无法预见到的潜在的增值，仍将由国家无偿取得。而所有权，则表明国家把所有的时间价值均赋予给所有权人。

（3）土地的交易增值。相对于不同的利用主体，土地呈现出不同的价值。当估价低的人遇到估价高的人时，很自然地就会发生土地交易，这一土地交易产生的估价增值，也应归属于所有权人享有。从土地利用角度来说，不同的人对于土地有不同的利用能力，允许土地转让，就是通过市场发现土地的潜在利用价值。因此，所有权制度要求土地必须具备可交易性。转让权乃是所有权的重要构成要素。

总之，所有权实际上是建立在国家和社会成员的契约关系上，体现为国家和社会成员围绕着土地剩余价值的归属达成的一种契约安排。土地所有权的所谓绝对性，因此是指任何立法规制之外的潜在利益绝对地归属于所有权人。这也可以被表述为所有权的非目的限定性或者剩余利益的归属性。正如斯塔姆拉所认为的，所有权是对物起最终决定作用的法律关系。[1]这种最终关系，体现为时间的永久性、用途的非限定性、交易的自由性三个维度。可见，所有权的绝对性，鲜明地表现了国家公权力在财产利益方面对个人的退让，表明了所有权人对于国家的终极地位。

不仅如此，所有权的绝对性还包括了所有权的无条件性。即一旦个人的土地占有被国家承认为所有权，其权利的享有就是无条件的，政府没有理由像审查驾驶执照一样，对所有权人的资格进行年度审查。所有权人也没有义务证明自己履行了某种义务，因此可以继续享有所有权。相反，国家公权力对所有权的干预却是有条件的。例如，国家作为主权者可以对所有权进行征收，但是必须是为了公共利用或者公共利益，并且是给与了充分补偿。国家也可以规定所有权人的各种土地利用义务和税收义

[1]转引自我妻荣：《债权在近代法中的优越地位》，王书江等译，中国大百科全书出版社 1999 年版，第 258 页。

务，但这些义务必须出自于民主的立法。未经民主表决而任意征税，乃是对财产权的赤裸裸的侵犯。大陆法系所有权的产生某种程度上是和对征税权的限制同步的。例如，在法国的勃艮第，早在 15 世纪，国王没有省的各级议会的同意就不能征税。[1]1788 年，法国的第三等级代表更是公开宣称：没有法国臣民同意的所有课税都是非法的。[2]而德国 1818 年巴伐利亚宪法也已经明确赋予等级阶层以税收的同意和批准权。[3]

这样，立法者通过所有权的模式，就确立了个人对于法律限制之外的土地利益的最终支配和最终享有，建立了所有权人相对于国家和法律的终极地位。所谓所有权的绝对和神圣，因此实际上是国家公权力相对于土地占有的退让和可质疑。这样，在主权被统一于国家的背景下，罗马法的所有权观念，伴着个人主义思潮的一路高歌，就为个人划出无政治的自治领域，成为具有保护价值的，自由于国家的空间。[4]如果说，国家在公共权力领域的入口写下了“禁止私人染指”，那么，作为斗争的平衡，私人也在财产领域高挂起了“国家权力止步”。所有权因此成为个人自由的堡垒或者国家权力的边界。拿破仑在民法典编纂预备会上曾指出：“所有权是其所有者不可侵犯的权利，即使对我本人也同样如此：虽有众多军队归我指挥，但我也不能侵占他人一寸田地，因这会侵犯他人所有权，这同时也是对一切人的侵犯。”[5]为什么侵犯一个人的所有权，同时也是对一切人的侵犯呢。这只能从规则意义上去理解。因为，既然所有权本身乃是国家权力的一种边界，基于国家的一种承诺而产生，那么，国家对任何一个个人所有权的侵犯，都无疑是对承诺的破坏，都表明国家不把这种边界放在眼里，都是在颠覆所有权制度。

二、“所有权绝对”的观念何以形成

绝对所有权的观念之所以能够在欧洲大陆建立，主要在于三个方面的原因。首先是对罗马法的传承和继受。在法国，罗马人征服了高卢之后，在那里适用了罗马法。尽管后来，法兰克人的入侵，给法国北部带来了他们固有的日耳曼习惯法。但是，在法国北部，人们逐渐接受了这样一个观点，即如果习惯法在特定的问题上，不曾给予回答，人们可以把罗马法作为书面理性对习惯法予以补充和解释。所以，无论在南部作为习惯法，还是在北部，作为书面的理性，罗马法都在法国发挥着效力，以至于在法国，根本就不曾存在是否应该接受罗马法的重大争论。而就德国法来说，其始于 15 世纪末期的罗马法继受，不仅导致了罗马法律制度和概念的广泛接受，而且还促

[1] [美]罗伯特·H·贝斯：《分析性叙述》，熊美娟译，中国人民大学出版社 2008 年版，74 页。
[2] [美]菲利普·T·霍夫曼、凯瑟琳·诺伯格：《财政危机、自由和代议制政府》，储建国译，世纪出版集团 2008 年版，318 页。
[3] [德]米歇尔·施托莱斯：《德国公法史：国家法学说和行政学》，雷勇译，法律出版社 2007 年版，111 页。
[4] [德]米歇尔·施托莱斯：《德国公法史：国家法学说和行政学》，雷勇译，法律出版社 2007 年版，22 页。
[5]尹田：《法国物权法》，法律出版社 1998 年版，119 页。

使法律思想的科学化。[1]

罗马法的继受既有传统的原因，更有统治者的需要。由于查士丁尼的“国法大全”充满了国家的最高权威以及不受法律束缚且其喜好皆为法律的皇帝的不受限制的权力，可以很好地支持他们在统一和中央集权上的努力。[2]并且其也支持一个有组织的、精简高效的官僚政治，它为醉心于打击封建贵族势力而建立统一的民族国家的欧洲大陆的统治者们，提供了一个达到目标的模式。[3]因此，很自然地获得了统治者的青睐，而一旦罗马法被采纳，其所有权概念体系的采用也就顺理成章。

其次是自然法和个人主义思潮的影响。洛克认为，财产是一种自然法的制度；人们公民社会之先就拥有了财产，他们进入公民社会是为了保全和维护他们在自然状态下取得的财产。[4]人类乃是他自身的主人和他的人身及其活动和劳作的所有者，在他自身之中就有着财产的重大基础。[5]对财产的自然权利乃是自我保全的根本权利的一个推论；它不是由合约、由社会的某一行动衍生而来，如果说每个人都有保全自己的自然权利的话，他必然就具有对于他的自我保全所必需的一切东西的权利。[6]因此，所有权人，尽管可能为了维护防止犯罪、建立国防或者执行某一公共职能而将部分自由和财产让渡给政府，但是，政府根据合约而产生，除了所有人让渡的权利外，它不能取得任何更多的权力。政府的权威永不能超越依宪法让渡的权威。[7] 因此，任何没有授予给国家的权力，都属于个人所有，相对于国家，个人对于财产权，显然具有更终极的地位。个人所有权的绝对性，无疑是上述思维范式的体现。

再次是体系化的要求：大陆法系坚持体系化，土地所有权脱离并凌驾于其他土地权利之上成为必要。发现个别法规范、规整之间，及其与法秩序主导原则间的意义脉络，并得以概观的方式，质言之，以体系的方式将之表现出来，乃是大陆法系法学最重要的任务之一。而大陆法系的所有权概念对于体现不同权利之间的关系，构建严谨的法学逻辑体系是必不可少的。首先，所有权概念具有重要的区分价值，可以有效地将其和用益物权、担保物权等物权类型区分开来。担保物权以价值为支配标的，用益物权以使用价值为支配标的，相应的，对超出约定或者规定限制范围的剩余价值的支配资格，我们就称之为所有权。其次，所有权的概念还具有推定价值。绝对所有权的

[1] [德] K·茨威格特,H·克茨：《比较法总论》，潘汉典,米健等译，法律出版社 2003 年版，120 页。
[2] [英]R.C.范·卡内冈：《欧洲法:过去与未来—两千年的统一性与多样性》，史大晓译，清华大学出版社 2005 年版，93 页。
[3] [英]R.C.范·卡内冈：《欧洲法:过去与未来—两千年的统一性与多样性》，史大晓译，清华大学出版社 2005 年版，94 页。
[4] [美]列奥·施特劳斯：《自然权利与历史》，彭刚译，三联书店 2003 年版，239 页。
[5] [美]列奥·施特劳斯：《自然权利与历史》，彭刚译，三联书店 2003 年版，241 页。
[6] [美]列奥·施特劳斯：《自然权利与历史》，彭刚译，三联书店 2003 年版，240 页。
[7] Gary M pecquet, Private property and government under the constitution.http://famguardian.org/Subjects/PropertyPrivacy/Property/PrivPropertyAndGovUnderConst-19950101.htm.2009-8-13.

功能之一，就是为了解放土地，涤除土地交易的负担。由于土地利益关系的复杂，在土地交易时就会面临这样一个问题。双方到底交易的是什么？如果交易双方没有清楚地约定所转让的权利类型和内容，那么，法律将以何种权利推定为交易的标的。在大陆法系下，法律将所有权视为交易的基本代码。如果当事人不能证明转让或者设定的是法律允许的用益物权或担保物权，那么，就是在转让所有权。所有权因此具有了交易标的的推定价值。再次，所有权还具有建构价值。鉴于“所有权是最终的权利，是在其他一切权利背后的权利”，[1]所有权就构成了限制物权的基础，从所有权出发，将用益物权和担保物权的设定建立在所有权之下，就建立了以所有权为核心的，以限制物权为补充的土地权利体系。

最后，所有权绝对性的观念，也是社会经济发展的需要使然。随着农业技术的发展，劳动以及资金和土地的结合越来越紧密，客观上要求承认投资人或者劳动者对所占有土地的归属权利。如果说过去土地利用单一的状况下，领主和占有人之间对于土地利用很少有什么争议和冲突的话，那么现在，由于土地面临着多重利用，土地利用对劳动技术的要求越来越高，由领主或者国家决定土地的利用不但是不经济的，而且常常是难以执行的，因此，国家在剥夺了领主的权力之后，就有必要将土地利用的终极支配权确定给具体的财产权人，由其自由决定土地的用途，除非国家另外给予了限制。另一方面，急需资金的统治者也很快发现，像过去那样，单纯依靠领地的收入已经无法满足日益增长的财政支出，而保护私人的所有权，并且对土地征税，就像养了一个会下金蛋的鹅一样，有利于财政收入的持续增长，于是，统治者自身也有足够的动力通过约束自己的肆意和贪婪来保护所有权。最后，当土地所有权人的经济权力巩固之后，其在政治上的要求和强大又反过来促成了国家对所有权的保护，最终将国家权力限制在宪法范围之内。[2]

总之，土地所有权乃是国家在逐步涤除掉土地上的公共权力因素，使土地成为单纯的财产之后建立的私人对于土地的终极支配权。本身是公共权力以主权形式上升并集中于国家之后，个人在私法领域建立的自治帝国。如果说，凯撒的归凯撒，那么，所有权表明的是，百姓的也当归百姓。在法律上，所有权构成了恰似一个小宇宙的绝对的、普遍的法律制度。[3]对所有权人来说，其所有的土地就是他生活的整个宇宙。无论政治风云如何变幻，所有权人都可以安避其中。它虽然源于国家的承认，但国家一旦承认，却再也无法逾越，从而构成国家权力行使的边界。正是在这个意义上，我们可以理解旧中华民国宪法第 143 条的规定：中华民国领土内之土地属于国民全体，

[1] [英]巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，黄风译，法律出版社 2000 年版，166 页。
[2] Raghuram.G.Rajan，Luigi Zingales，Property Rights and the Taming of the Government，http://www.law.yale.edu/documents/pdf/rajan.pdf.2009-8-13.
[3] [日]我妻荣：《债权在近代法中的优越地位》，王书江译，中国大百科全书出版社 1999 年版，250 页。

人民依法取得之土地所有权，应受法律之保障与限制。显然，其“中华民国领土内之土地属于国民全体”属于主权问题，而“人民依法取得之土地所有权”，才是所有权的问题。

三、大陆法系所有权概念对我国的启示

从国家和个人关系角度对所有权的上述理解，至少可以给我们如下启示：

首先，所有权制度的欠缺，并不意味着土地必然公有公用，通过权力对占有的分配同样可以建立土地利用的秩序。其所欠缺的，仅仅是国家权力的边界。一个不承认所有权的国家，注定是一个国家权力不受限制的国家。

其次，既然所有权是一个与国家权力相对立的范畴，是权力的边界，而非权力的载体，那么，所谓的国家所有权，如果其行使具有公共权力的性质，则其虽然冠以所有权之名，也绝非财产意义上的所有权。这一点对于我国土地权利体系的建构尤其意义重大。我国物权法规定了国家土地所有权和集体土地所有权，但是，二者皆非私人的财产权，法律明确规定其不得转让、出租、抵押等。事实上，我国的土地所有权担负着重要的公共财政职能、公共管理职能和社会保障职能。从公共财政角度来看，国家通过垄断土地经营，获取了巨额的出让金，土地出让金成为政府的重要财政收入来源。在公共管理方面，国家可以针对行业发展的不同需要，给予不同条件不同数量的土地供应，土地因此被称为国家宏观调控的闸门。同时，土地也是实现社会控制的重要手段。例如集体经济组织领导们可以以成员违反计划生育为由，而不给孩子上户口，不向其分配土地，甚至剥夺违法生育者本人的土地使用权。[1]在社会保障方面，国家和集体可以以提供土地的方式，为社会成员提供基本的生存保障，例如我国的土地承包权和宅基地使用权等，都带有鲜明的社会保障色彩。因此，我国的土地所有权虽冠以所有权之名，实质上体现的却是国家或者村社集体的公共权力，绝非财产意义上的所有权。

再次，一项权利是不是所有权，名称无关紧要，关键是剩余利益能否归属于个人和保有是否无条件。以此对照我国的土地权利类型，所有权代表的是公共权力，而私人只能获得使用权，我们近代法意义上的所有权就只能从我国土地使用权的类型中去发现和培育。目前，使用权中最自由、最稳定的类型是出让土地使用权。出让土地使用权的年限为居住用地 70 年、工业用地 50 年、商业用地 40 年，其中，住宅用地的使用权到期后自动续期。出让土地使用权可以依法转让、抵押等。至此，所谓的居住类出让土地使用权，就成为无期限限制，可以在法律范围内自由转让的土地使用权。土地的时间增值和交易增值均被归属于个人，部分符合了所有权的本质特征，以至于国外有学者甚至认为，在出让土地使用权可以自动续期的情况下，只要土地使用权人

[1]丁国香：《中国农村改革纪事：1979～1993》，山西经济出版社 1995 年版，240 页。

能够按时向政府支付比租金低得多的一定费用，其就可以继续保持其占有。而这一付费就和美国的按价计征的财产税有所相似。如果这一权利可以无限期地更新，那么，这一（出让）土地使用权就相当于美国的土地所有权。[1]但即使时间永续，转让自由，也还存在着用途限定的问题。根据我国《城镇国有土地使用权出让转让暂行条例》的规定，出让土地使用权人只能根据出让合同的约定使用土地，任何其他用途的使用，即使符合规划，也必须和国家另外签订出让合同，补交出让金。国家控制着土地潜在用途的改变，垄断了土地潜在用途的增值，这和私法意义上的所有权强调除非规划禁止，任何土地用途都保留给所有权人的精神截然不同。

这样看来，如果按照近代所有权的观念来审视的话，我国土地权利类型中目前没有任何一种符合所有权的本质特征。国家所有权和集体所有权本质上是公共权力，国家所有权和集体所有权越强化，离真正的立基于个人主义，摆脱权力色彩的所有权也就越来越远。而使用权中，唯一具备时间永续性和转让自由性的出让土地使用权，又受到出让用途的严格制约。而且，此类出让土地使用权的范围也仅限于国有居住用地。但无论如何，相比较于其他的土地使用权类型，[2]出让土地使用权最接近于大陆法系的所有权。如果我国要建立土地的所有权制度，又无法突破国家所有和集体所有的体制约束的话，我们就应该将出让土地使用权作为所有权的胚胎，加以完善。首先，要解除土地的用途限定，规定除依法受规划限制外，使用权人有权为任何用途的使用，而不必另外签订出让合同，补交出让金。其次，将自动延期制度从居住用途的国有土地，变为所有土地普遍适用的制度，最终建立土地权利的永久性。

[1]参见 Gregory M. Stein，Mortgage law in China.comparing theory and practice，Missouri law review, volume 72, 2007 年，1325. Stein 教授是在英美法系背景下使用的所有权概念，似乎让人以为并非是大陆法系的绝对所有权，而仅仅是利益的拥有权。但作者此处所指，实际上是美国的 fee simple absolute in possession.即无条件继承的绝对自由地产，和大陆法系的绝对所有权是完全等同的。笔者为此专门咨询过 Stein 教授，并获得教授对上述解释的肯定答复。

[2]例如，划拨土地使用权本质上是非财产权，未经批准并办理出让手续，不得抵押，不得转让，并且在使用人破产时，该划拨土地使用权不属于破产财产，应由国家收回。而集体土地的使用权虽然时间上没有限制，但是却又不得转让和抵押等。

论自然资源国家所有权的宪法规制功能

王　旭*

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：

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[3]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。

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决定作用的基础下，通过使用负责任的规制手段，包括以建立国家所有权防止私人或行政垄断为核心的措施，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

* 中国人民大学法学院副教授。

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：

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”[5]，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[6]，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”[7]，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[8]；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[9]：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[10]。

其次，在宪法秩序上，直接宣示某一个主体独占自然资源，尤其是国家所有政府实际占有，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[11]。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。

二、规制模式：所有权的相对化与工具化

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，规制模式认为所有权不是绝对的，任何层次的所有权，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[12]，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。[13]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[14]。

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[15]。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。[16]

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”[17]。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。[18]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[19]。

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”[20]，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。[21]

（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[22]。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[23]。政府虽然享有所有权，但这种所有权本质上只是一种管辖权/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。[24]。

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。[25]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。[26]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。[27]

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

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”[28]，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”[29]。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”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[30]”。

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[31]。

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。[32]

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）[33]，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[34]，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。[35]

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[36]。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[37]。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。

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。[38]国家所有自然资源正是这样一种职权性的存在。

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[39]，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[40]。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。[41]

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[42]，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[43]。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。[44]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[45]。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[46]。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[47]）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. 公有制与人权的平等保护

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。[48]

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。[49]

（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。[50]

（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[51]。

（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”。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[52]，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：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：

国家所有权的规制功能
- 间接规制（国家占有） 对应义务：任何人不得侵占
- 直接规制（国家调控） 对应义务：任何人不得滥用
- 间接规制（国家受益） 对应义务：任何人不得私分

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。[53]

（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。[54]

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[55]，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[56]，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"[57]。

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，对于洛克命题的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。[58]

（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：[59]

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。

2．基于 1，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。

3．基于 1，2，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。

4．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。[60]

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全实际占有，但这种占有的道德理由是不足够的[61]。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。[62]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”[63]。

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。[64]

（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”[65]，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。[66]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。[67]

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。[68]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”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，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，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。

注释：

[1]参见《彭州天价乌木案持续发酵乌木归属之争纠缠不清》，载《人民日报》2013 年 2 月 19 日。

[2]参见《黑龙江规定气候资源属于国家所有》，载《法制日报》2012 年 6 月 16 日。

[3]在法律上认为包括水资源、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。

[5]参见[德]萨维尼：《论占有》，朱虎译，法律出版社 2007 年版，第 4 页。

[6]参见王利明：《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).

[7] See C. Rose, Possession as the origin of Porperty, 52 U. Chi. L. Rev. 73(1985).

[8] Hammonds v. Central Ky. Natural Gas Co.(1934)

[9] Rasband, J. Salzman, M. Squillace, Natural Resources Law and Policy, Foundation Press，2009, p．82.

[10]前引⑨，Rasband, J. Salzman, M. Squillace 书，第 81－83 页。

[11]参见前引⑦。

[12]关于背景性资料， see V. Carstensen, The Public Lands: Studies in the History of The Public Domain, University of Wisconsin Press, 1962.

[13] Omaechevarria v. Idaho, 246 U. S. 343(1918).

[14]前引⑨，Rasband, J. Salzman, M. Squillace 书，第 147 页。

[15]前引⑨，Rasband, J. Salzman, M. Squillace 书，第 148 页。

[16]该案详细介绍及该案与财产权条款的关系之理论分析， See E. Gaetke, Refuting the “Classic” Property Clause Theory, 63 N．C.L.REV.617(1985).

[17] See Kleppe v. New Mexico, 426U.S.529(1976), at 539.

[18] Sporhase v. Nebraska, 458 U．S.954(1982).

[19] Chemical Waste Management, Inc. v. Hunt, 504 U．S.334(1992).

[20] Pennsylvania Coal v. Mahon(1922).

[21] See J．Barron, C. Dienes, Constitutional Law, ThomsonWest, 2005, p．225.

[22]关于这一段理论史，参见[英]梅特兰：《国家、信托与法人》，樊安译，北京大学出版社 2008 年版。

[23]前引⑨，Rasband, J. Salzman, M. Squillace 书，第 177 页。

[24]公共信托原理的理论性说明及在司法审查上的运用，See 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 Tradtional Doctine, 19ENVTEL.L(1989); M．Blumm, Public Property and the Democratization of Westen Water Law: A Modern View of the Public Trust Doctrine, 19ENVTEL.L(1989).

[25] J. Cribbet, C. Johnson, R. Findley, E．Smith, Property: Cases and Materials, Foundation Press, 1996, p．721.

[26] Illinois Central Railroad v. Illinois(1892)

[27]前引 B25, J. Cribbet, C. Johnson, R. Findley 书，第 724 页。

[28] [德]拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 316 页。

[29]前引 B28。

[30]彭真：《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告》。

[31]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：《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。

[32]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《海洋时代：中国离海洋强国还有多远？》，载《半月谈》2005 年 4 月 1 日。

[33] 《森林法实施条例》第 2 条规定。

[34]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。

[35]马克思：《资本论》(第一卷)，人民出版社 2004 年版，第 196－197 页。

[36]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。

[37]参见[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。

[38] [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。

[39]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%。

[40] 《多城市酝酿上调水价》，载《经济参考报》2009 年 7 月 21 日。

[41]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。

[42]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。

[43]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 Regulatory State, HavardPress, 1990; S. Dudley, J. Brito, Regulation：A Primer, George Mason University, 2012; J．Mashaw, Creating the Administrative Constitution, Yale University, 2012.

[44] J.Mashaw, Creating the Administrative Constitution, Yale University, 2012，chapter 4.

[45] See Brito, Regulation：A Primer, George Mason University, 2012, p．66, 75.Ogus, Regulation: Legal Form and Economic Theory, Hart Publishing 2004.

[46] See Walter Hellerstein, Hughes v. Oklahoma: The Court, The Commerce Clause, and State Control of Natural Resources, 1979 Sup. Ct. Rev. 51(1980).

[47]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。参见王名扬：《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。

[48] See R. Dworkin, The Law's Empire, Harvard press，1986, p．165.

[49]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。

[50]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。

[51]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。

[52]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。

[53]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。参看前引 B48。

[54] See R. Nozick, Anarchy, State, And Utopia, Basic Books Inc，1974, p．181.

[55] See S. Fleischacker, A Short History of Distributive Justice, Harvard University Press，2004; P. Garnsey, Thinking

About Property: From Antiquity to the Age of Revolution, Cambridge University Press，2007.

[56] See J. Lock, Second Treatise of Government, in Two Treatises of Government, Cambridge Press, 1960, p. 327.

[57]前引 B56。

[58] See R. Nozick, Anarchy, State, And Utopia, Basic Books Inc，1974，p.190.

[59] G. Cohen, Self—Ownership, Freedom, and Equality, Cambridge University Press，1995, pp.113—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 Press，2000.

[60]参见前引 B59，G.Cohen 书，第 235 页。

[61] See P. Garnsey, Thinking About Property: From Antiquity to the Age of Revolution, Cambridge University Press，2007, p. 158.

[62] See S. Fleischacker, A Short History of Distributive Justice, Harvard University Press，2004, p. 35.

[63] [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。

[64]参见前引 B63。

[65]参见前引 B59, Dworkin 书，Chapter 1 and 2.

[66]参见前引 B59, Dworkin 书， p. 6.

[67]参见前引 B59, Dworkin 书， p. 122.

[68]参见前引 B59, Dworkin 书， Chapter 2.

宪法意义上的国家所有权

肖泽晟*

【摘　要】宪法意义上的国家所有权相对于社会主义目的而言只是手段，是为确保政府履行消除剥削、维护社会公平和保障公民基本权利实现的义务而赋予政府代表国家对国有土地、自然资源、财产上的利益进行合理分配的资格，是一种体现平等主义的义务性所有权、抽象所有权和私法类型的权力，政府原则上不享有收益权。政府只是这里的名义所有权人，真正的所有权人和受益人是全体国民。根据对我国宪法文本的解读，政府有义务优先将国有土地、自然资源和财产用于公共财产、公用事业建设和公民基本权利的保障，政府并无随意处置这类国有财产的权力。目前人们对国家所有权客体上的利益的无序争夺，很大程度上源于国有化之后政府并未按照宪法的原则和精神完成对国有土地、自然资源和财产的利益初始分配任务。

【关键词】国家所有权　社会主义目的　基本权利　义务性所有权

一、问题的提出

虽然私有财产是创造财富最有效的手段，其存在有利于维护社会稳定，并约束政府的权力，但是受到个人私利驱使的经济活动将导致不经济的竞争，可能带来剥削和两极分化，因此，为确保每个人都有平等的机会去获得财产，我国现行宪法将大量土地和自然资源交给国家所有，甚至出于保护的目的而在法律上规定古墓葬等也属于国家所有。但是，在实现土地和自然资源等财产国有化之后，如果不对代表国家行使所有权的政府施加一定的义务或者限制，受各级政府利益驱动的经济活动同样将导致不公平的竞争，加剧国有土地和自然资源的实际控制者利用其向百姓索取财富的冲动，人们可能为了争夺国有土地和自然资源上的利益而展开无序的争夺。众所周知，国家独有的特性是充当各种要求的最后裁决者和调节者，[1]而非与民争利者。一旦政府代表国家成为民法意义上的所有权人，就可能运用所有权向百姓索取财富。国家所有权

*南京大学法学院教授，博士生导师。[项目基金]国家社科基金课题“公共资源特许利益的限制与保护”（12BFX125）的阶段性成果,并受南京大学 985 三期项目“社会转型与法治发展”（010522613001）资助。

[1][英]鲍桑葵：《关于国家的哲学理论》，汪淑钧译，商务印书馆 1996 年版，第 192-193 页。

就其性质而言，应属公法上的支配权而非民法上的所有权，[1]至少不是纯粹意义上的私权。如果我们仅从民法所有权的意义上理解国有的土地和自然资源，如大运河和长江，那么政府代表国家对往来大运河的船舶收取通航费，禁止长江沿岸百姓基于日常生活而从长江取水，就变得天经地义，国家当然也将因为“水流属于国家所有”而应赔偿公民因为洪水遭受的损失。从现实情况看，政府也完全可能代表国家将风景名胜资源转让给私人，由私人向使用者收取高昂费用，甚至可能利用国有土地、自然资源、财产直接向百姓索取财富，或者给需要依赖这种财产生存的人造成伤害。如果将“剥削”理解为“社会生活领域中一部分人或社会集团，凭借自身所拥有的生产资料和其它社会资源，无偿占有另一部分人或社会集团的劳动或者应当无偿获得的利益”，[2]那么，我国并没有因为实行了公有制就消灭了剥削。问题到底出在哪里？宪法上的国家所有权应当是一种怎样的公法支配权？这种所有权要服务于怎样的目的，受到怎样的限制？国家所有权是不是一个神话？这正如有学者所指出的：“在法学领域，虽然所有权被认为是最基本的概念，但是谁也不去考虑它到底是什么，迄今为止这还是一种普遍的研究态度。”[3]至于宪法意义上的国家所有权是什么，更是无人问津。为此，本文首先结合我国宪法文本对国家所有权制度建立的目的进行解读，并在此基础上对宪法上的国家所有权应承担的义务、应受到的限制以及这种所有权的性质进行探讨。这里要特别说明的是，考虑到国家是由人民、主权和领土构成的一个概念，本文特将“国家”和代表国家行使权力的“国家机关”区分开来，并将后者归入广义“政府”的范畴。

二、我国实行国有制的目的

不同类型的财产需要不同的正当理由，使土地、自然资源、财产成为国有也同样要有正当理由。美国佛罗里达州的法律之所以规定州对主权领土范围内已被抛弃的无主埋藏物、文物、古迹等具有科学历史研究价值或对公众有益的东西享有所有权（Title），并授权档案历史委员会行使该权利，[4]实际上是出于管理和保护这些无主物的目的。美国著名法学家萨克斯教授指出：“某些利益对每个公民来说天生就是如此重要，以致每个公民对它们的自由利用往往表明社会是所有公民的社会而不是奴隶的社会”，“某些利益完全是因自然的慷慨而给予人的特别恩赐，因而它们应当属于全体人民”，某些资源“具有特别的公共性，从而使它们不适合用作私人用途”。[5]从合理的平等主义的角度看，宪法规定土地和自然资源属于国家所有的目的就在于确保每个公民对于我们赖以生存所需要的土地和自然资源享有平等的控制权。“人们不必在传

[1][日]美浓部达吉：《公法与私法》，黄冯明译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 161 页。
[2]谭劲松：《深化对马克思主义关于剥削理论的认识》，《马克思主义研究》2007 年第 12 期。
[3][日]加藤雅信：《所有权的诞生》，郑芙蓉译，法律出版社 2012 年版，前言，第 4 页。
[4]FLA. STAT. §267.061 (1) (b) (1967).
[5]Joseph L. Sax, *The Public Trust Doctrine in Natural Resources Law: Effective Judicial Intervention*, Michigan Law Review ,vol.68,1970,pp.484-485.

统（自由）意义上拥有那些起保证最低限度自主作用的资源，必要的是，人们应拥有对这些资源的控制权。这意味着允许他们接近使他们成为自主的人所必需的那些资源，并对这些资源拥有决定权”，[1]而不管这种资源名义上的所有者是谁。在历史上，一般的村庄之所以保留一定量的公地，就是为了用其收入来提供公共品服务，以及为那些遭受不利打击的人提供救济。[2]以上论述完全可以用来支撑我国宪法将这么多土地和自然资源交给国家所有的理由，即保障每个人自由和自主所需要的资源免受他人控制。

正因为矿藏、水流等重要的自然资源是“国民经济命脉的生产资料，是保证国民经济持续、稳定、协调发展的物质基础，是国计民生的基本保障”，[3]因而自 1954 年宪法开始，这些自然资源就一直被规定为全民所有即国有，且自 1982 年宪法开始，城市土地也被规定为国有。就此而言，我国的国家所有权有两个方面的内容：一是生产资料的国有；二是城市土地和大量自然资源的国有。生产资料的国有主要体现在我国宪法第 6 条第 1 款关于全民所有制的规定之中，而自然资源和城市土地的国有则主要体现在我国宪法第 9 条第 1 款和第 10 条第 1 款之中，[4]并基于其稀缺性而应归入公共资源的范畴。毫无疑问，人们并不能从这些条款中直接得出野生动植物属于国有，无线电频谱资源、风能等也属于国有的结论。只有弄清了将这些资源交给国家所有的社会主义目的是什么，我们才能合理解释这些资源是否应当交给国家所有，进而明了国家所有权的性质。虽然对于什么是社会主义目的依然是个没有明确答案的问题，但是，社会主义目的完全可以从宪法向政府施加的以下义务中解读出来。

一是消除因生产资料私有所带来的剥削。“资本来到世间，从头到脚，每个毛孔都滴着血和肮脏的东西”，[5]而土地和自然资源一旦成为个人的资本，则更为可怕。因此，恩格斯在 1891 年就指出了社会主义制度的任务就是要消灭剥削，即在社会主义条件下，“通过有计划地利用和进一步发展一切社会成员的现有的巨大生产力，在人人都必须劳动的条件下，人人也都将同等地、愈益丰富地得到生活资料、享受资料、发展和表现一切体力和智力所需的资料。”[6]从制宪史来看，我国直到 1982 年才在宪法中第一次规定城市土地国有，就是因为当时很多城市私人土地所有者不仅利用所拥有的土地剥削他人，而且在政府为了公共利益征收私有土地时，漫天要价。[7]根据我

[1][美]克里斯特曼：《财产的神话——走向平等主义的所有权理论》，张绍宗译，广西师范大学出版社 2004 年版，第 302 页。
[2]参见程汉臣：《二十世纪上半叶的中国土地制度与土地改革》，中国档案出版社 1994 年版，第 42 页；顾德宏：《中国近现代的土地问题》，青岛出版社 1993 年版，第 54 页。
[3]蔡定剑：《宪法精神》，法律出版社 2004 年版，第 168 页。
[4]这里要说明的是，国有的“土地和自然资源”与国有的“生产资料”是两个既有交叉又有区别的概念。前者可能作为生产资料，也可能不作为生产资料，而后者可能表现为土地和自然资源，也可能不表现为土地和自然资源。
[5]《马克思恩格斯选集 2》，人民出版社 1995 年版，第 266 页。
[6]《马克思恩格斯选集 1》，人民出版社 1995 年版，第 330 页。
[7]参见许崇德：《许崇德全集》（第七卷），中国民主法制出版社 2005 年版，第 2361 页。

国现行宪法第 6 条第 2 款[1]和第 7 条[2]的规定，将生产资料（主要源于土地和自然资源）交给国有的目的就是社会主义目的，即为了消灭因为生产资料私有所带来的剥削，维护社会公平，因此国家应当保障国有经济的巩固和发展，进而国有的生产资料就应由国有企业来经营，并将经营收益归属于全体人民。

二是建设服务于所有人的公共财产，举办系列公用事业。从宪法第 12 条第 1 款（社会主义的公共财产神圣不可侵犯）、第 12 条第 2 款（国家保护社会主义的公共财产）、第 53 条（公民有爱护公共财产的义务）的规定来看，公共财产是任何人都可以利用的财产，因此，不仅每个人都有爱护这种公共财产的义务，而且从维护社会公平的社会主义目的来看，国家有义务建设服务于所有人的公共财产。宪法关于国家举办公用事业的规定，即宪法第 19 条（教育事业）、第 20 条（科学事业）、第 21 条（医疗卫生事业）、第 22 条（文化事业）、第 23 条（人才事业）等的规定，则进一步说明国家有义务发展服务于所有人利益的公用事业。

三是平等保障每个公民基本权利和自由的实现。我国宪法第 33 条第 3 款规定，国家尊重和保障人权，而公民的基本权利和自由则是人权在宪法上的集中体现。众所周知，权利和自由的实现往往需要一定的物质条件作为保障，不仅公民社会权利的实现需要国家提供物质保障，而且宪法上的自由权的实现，对于穷人而言同样离不开国家提供物质保障。根据社会权利理论，宪法第 43 条规定的休息权（国家应发展劳动者休息和休养的设施）、第 45 条规定的物质帮助权、第 46 条规定的受教育权和第 44 条规定的退休人员的生活受到国家和社会保障的权利等，本身对应的就是国家的积极作为义务，即国家有义务为公民实现这些社会权利提供充分的物质保障。我国宪法第 34 条规定，公民有选举权和被选举权；第 35 条规定，公民享有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由；第 36 条规定，公民享有宗教信仰自由；第 47 条规定公民有进行文化活动的自由。尽管这些权利和自由属于自由权的范畴，但并不意味着国家不需要为这些权利或自由的实现提供物质保障。例如，公园、街道、步行街等就是穷人进行集会、游行、示威活动，表达自己对国家和社会公共事务看法的物质保障。我国宪法第 33 条第 2 款还规定，中华人民共和国公民在法律面前一律平等。因此，国家有义务为每个公民基本权利和自由的实现提供平等的物质保障。

四是保障土地和自然资源得到合理利用。在我国制宪过程中，一些代表提出，为了更好地保障自然资源得到合理利用，以及防止集体或者个人破坏自然资源的合理利

[1]社会主义公有制消灭人剥削人的制度。这一规定可以解释为一则规范：要求公有制经济去消灭剥削。但是许崇德教授认为，既然是社会主义公有制，就没有必要由宪法去命令它消灭剥削，因为公有制本身并不存在"人剥削人的制度"。参见徐崇德：《许崇德全集》（第七卷），中国民主法制出版社 2005 年版，第 2508 页。
[2]国有经济，即社会主义全民所有制经济，是国民经济的主导力量：国家保障国有经济的巩固和发展。

用，就应规定自然资源国有。[1]因此，我国宪法第 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。宪法第 10 条第 5 款还规定，一切使用土地的组织和个人必须合理地利用土地。但是，这一规定存在的前提是，国家有义务保障土地得到合理利用。结合公民在法律面前一律平等的规定来看，国家应当为我们子孙后代保留足够的可供开发利用的土地和自然资源，不能以牺牲子孙后代利益的方式发展当前的经济，否则就是对土地和自然资源的不合理利用；如果只让一部分人利用土地和自然资源，而其他人没有这样的机会，同样属于对土地和自然资源的不合理利用；如果把所有的土地和自然资源都作为生产资料交给国有企业进行经营，而根本不将其用于满足公民社会文化生活等的需要或者用于建设直接服务于所有公民的公共财产，那也是对土地和自然资源的不合理利用。显然，保障土地和自然资源得到合理利用是国家不能推卸的义务。

政府应负的以上义务，集中体现了我国的社会主义目的以及将土地和自然资源交给国家所有的原因，进而暗示了国家所有权的行使必须受到的诸多限制。

三、国家所有权的宪法限制

虽然，财产法通常不限制所有人损毁其财物的权力，对物之所有权也不附设义务，[2]但是，不受限制的私人土地所有权将鼓励对财产进行反社会的和不经济的利用。[3]因此，即使是私有财产的所有权，也要承担社会义务，服务于公共利益，以确保财产适当地发挥作用，更何况国家所有权。在社会主义制度下，因为集体的或者国家的所有权取代了私人所有权，个人被分配给一个具有特定职业和场所的角色，此时个人严重依赖于他人作出的决定，最容易受到他人决定的伤害，且这里不存在任何类似于一个竞争性市场结构提供的全面防止剥削的保护手段：个人同时面对一个占垄断地位的服务的"购买者"和一个占垄断地位的生活必需品的"出售者"，[4]个人依然可能与资本主义制度下的个人一样面临被剥削的威胁。因此，在国家代表全体国民作为所有人的场合，如果缺乏公法对政府的限制，不给其设定义务，那么涉及社会公共利益的国有土地和自然资源就很容易被用于满足政府自身利益的需要或者过度用于商业开发，国有财产就很容易被低价转让给私人，个人的自主和自由就将面临威胁。通过对现行宪法相关条款进行体系解释，可以发现，在社会主义制度之下，国家所有权和社会主义目的之间存在手段与目的的关系。为实现社会主义目的而由宪法施加给政府的多项义务，使得政府在代表国家行使国家所有权时就应受到相应的限制，即应优先将国有的土地、自然资源和财产作为保障这些宪法义务得以履行的物质手段。

[1]参见许崇德：《许崇德全集》（第七卷），中国民主法制出版社 2005 年版，第 2362 页。
[2][英]F.H.劳森、B.拉登：《财产法》（第二版），施天涛等译，中国大百科全书出版社 1998 年版，第 114 页。
[3]See Eugene E. Beyer, *Public land Ownership*, 52 Yale L. J.634,635(1942-1943).
[4]参见[美]詹姆斯．布坎南：《财产与自由》，韩旭译，中国社会科学出版社 2002 年版，第 50 页。

一是政府代表国家行使国家所有权时必须遵守符合社会主义目的的原则。政府代表国家行使所有权而采取的任何行动都应当体现公共意志，必须是为了消除剥削、维护社会公平这一社会主义目的所必要。按照人民代表大会制度的要求，全国人大及其常委会不仅有义务按照全体国民的公共意志，制定法律，并就代表国家行使所有权的主体应当负有的义务和这些义务的实现方式加以具体规定，而且要禁止这些主体利用对国有财产的控制权向公众索取财富，以确保国有财产真正服务于维护社会公平、保障人权的公共利益目的。

二是应优先将国有的土地和自然资源用于公用事业、公共财产建设，从而为所有公民基本权利的实现提供共同的物质基础。美国最高法院罗伯茨法官在 1939 年的“公园街头许可案”的判决中指出：“不论大街和公园的所有权归谁，它们有史以来一直是为了公共使用的委托而被占有，且自古以来就一直被用于集会、公民之间交流思想和讨论公共问题的目的。大街和公共场所的这种使用自古以来就是公民自由的优惠、豁免权和权利的一部分。为了交流对国家问题的观点而使用大街和公园的特权可以为了所有人的利益而受到规制，但它不得以规制为名而受到剥夺。”[1]按照美国的公共论坛理论，[2]公园、街道、步行街等由政府管理的公共财产是公民表达自由得以实现的物质保障，被誉为穷人的“俱乐部”、穷人的“出版社”。因为社会上层成员占有大量社会资源，有充足的财力和渠道去实现自己的利益，而占社会大多数的中下层成员往往缺乏有效的发出声音的渠道。出版费的高昂，人脉的缺失，都使他们每一项主张的提出都步履维艰。因此，公共财产的开放对穷人来说具有更重大的意义。美国正是通过发挥公共财产的论坛功能，有效保障了全体民众尤其是中下层群体的表达自由。如果政府不允许人们自由使用这样的公共财产，公民的表达自由就无法实现。在公有制下，尽管公众的日常生活对政府的依赖性增加，但公有制反过来为国家民生保障义务的履行提供了充分的物质基础，因此，相比实行私有制的资本主义国家而言，社会主义国家不仅民生保障范围要加大，而且保障标准也要提高。

三是应优先将国有土地、自然资源和财产用于保障单个公民基本权利的实现，确保国家对单个公民的社会保障水平远高于资本主义国家。公民的幸福或者公民基本权利的实现不仅依赖于其本人，也需要一定的物质条件作为保障。[3]即使是在实行私有

[1]张千帆：《西方宪政体系》（上册），中国政法大学出版社 2004 年版，第 549 页。

[2]公共论坛是指传统上供人们聚集在一起，以表达思想和交流观点的公共场所，包括公园、街道、步行街等。政府若要规制这类场所中的言论，就要受到宪法较多的限制，就必须经过法院的严格审查。事实上，从表达自由行使的角度看，公共财产可以区分为三类：一是传统公共论坛财产，即公园、街道等长久以来就一直被用作集会、公共讨论的场所。二是指定公共论坛（designated public forum）。这种论坛系政府开放供公众表达活动之用的财产，主要包括礼堂、会议设施、剧院等。三是非公共论坛，即不被指定用于公众交流地点的公共地产或者传统上不被认为是供公众交流使用的公共地产，比如监狱、军事基地。See Edward J. Neveril ,*"Objective" Approaches to the Public Forum Doctrine: The First Amendment at the Mercy of Architectural Chicanery* ,90 Nw. U.L. Rev. 1185, 1193-1195（1996）.

[3]See Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain*, Oxford University Press,1994, p.26.

制且能源短缺的英国，政府尚且有义务确保弱势群体获得必要的供水和家用能源，[1]更何况自然资源基本属于国有的中国。如果政府不允许河流附近居民为日常生活之用从河流中零星取水，不向沿海渔民免费提供一定面积的养殖用海，公民的生存权就将面临严重的威胁；如果国家不能采取措施为单个公民提供适宜生存所需要的住宅，为单个公民提供死后安身之所，公民的基本人权就难以实现。因此，政府有义务优先安排部分土地和自然资源用于满足单个公民基本权利实现的需要，有义务将从国有土地和自然资源中获得的收入（实际上为地租）用于确保对单个公民的社会保障水平远高于资本主义国家。

四是在对国有土地、自然资源和财产上的利益进行分配时，必须遵循平等原则和合理原则，以确保国有土地、自然资源和财产得到合理使用或者开发利用，或将其用于同时满足不同世代人们的生存需要，或将其作为生产资料用于国有经济的发展，间接服务于公共利益。平等原则要求政府在进行利益的初始分配时，应当尽可能用于建设保障所有人基本权利得以实现的公用事业和公共财产，并尽可能平等地为单个公民基本权利的实现提供物质保障。合理原则要求政府在代表国家规划土地和自然资源的用途时，不仅要合理协调不同公共利益之间的冲突，让其最大化地服务于公共利益和公民基本权利的保障，而且要防治公害，“要保护具有学术价值的自然形态，要将地域的历史作为景观加以保护，并以合理的规划理念，控制土地的利用，从而将美丽的大自然传给后世，这才是国家的文化行政事业，是培养国民文化的理念。”[2]

五是负责对国有的土地、自然资源和财产上的利益进行分配的主体以及对其进行开发利用的主体应受到基本权利条款的约束，接受公众的监督，如主动接受公民的批评并予回应。按照政府行为理论，[3]不管对国有土地和自然资源上的利益进行分配的主体是否属于法律授权的主体，也不管对国有土地和自然资源进行开发利用的主体是否为私企业，这些主体的行为都是由政府控制的行为，应视为政府行为，受到基本权利条款的约束。例如，由政府或其机构管理的公园、海滩、高尔夫球场等公共设施，就必须在平等的基础上对所有人开放。一个租赁国有财产并运营公共设施的“私人”在某种意义上也是国有财产所有者的工具，是政府的下属部门，因而承租人的行为就可能视同政府行为受到宪法的约束。[4]

综上所述，宪法之所以将大量土地和自然资源交给国家所有，是为了实现社会主

[1]参见骆梅英：《新“福利”——英国公用事业领域对弱势和低收入群体的供应保障》，《行政法学研究》2008 年第 4 期。

[2][日]宫本宪一：《环境经济学》，朴玉译，生活 · 读书 · 新知三联书店 2004 年版，第 223-224 页。

[3]按照这一理论，如果私人行为属于履行政府的传统专属权，则该行为就是政府行为；如果政府在相当程度上卷入了私行为，那么该私行为就可以转化为政府行为；当法院对法律的适用是一种积极行为时，其行为也是政府行为，应当受到宪法以及基本权利条款的约束。See Thomas P. Lewis, *The Meaning of State Action*,60 Colum. L. Rev. 1083 (1960).

[4]See Thomas P. Lewis, *The Meaning of State Action*,60 Colum. L. Rev. 1083 ,1099(1960).

一是政府代表国家行使国家所有权时必须遵守符合社会主义目的的原则。政府代表国家行使所有权而采取的任何行动都应当体现公共意志，必须是为了消除剥削、维护社会公平这一社会主义目的所必要。按照人民代表大会制度的要求，全国人大及其常委会不仅有义务按照全体国民的公共意志，制定法律，并就代表国家行使所有权的主体应当负有的义务和这些义务的实现方式加以具体规定，而且要禁止这些主体利用对国有财产的控制权向公众索取财富，以确保国有财产真正服务于维护社会公平、保障人权的公共利益目的。

二是应优先将国有的土地和自然资源用于公用事业、公共财产建设，从而为所有公民基本权利的实现提供共同的物质基础。美国最高法院罗伯茨法官在 1939 年的“公园街头许可案”的判决中指出：“不论大街和公园的所有权归谁，它们有史以来一直是为了公共使用的委托而被占有，且自古以来就一直被用于集会、公民之间交流思想和讨论公共问题的目的。大街和公共场所的这种使用自古以来就是公民自由的优惠、豁免权和权利的一部分。为了交流对国家问题的观点而使用大街和公园的特权可以为了所有人的利益而受到规制，但它不得以规制为名而受到剥夺。”[1]按照美国的公共论坛理论，[2]公园、街道、步行街等由政府管理的公共财产是公民表达自由得以实现的物质保障，被誉为穷人的“俱乐部”、穷人的“出版社”。因为社会上层成员占有大量社会资源，有充足的财力和渠道去实现自己的利益，而占社会大多数的中下层成员往往缺乏有效的发出声音的渠道。出版费的高昂，人脉的缺失，都使他们每一项主张的提出都步履维艰。因此，公共财产的开放对穷人来说具有更重大的意义。美国正是通过发挥公共财产的论坛功能，有效保障了全体民众尤其是中下层群体的表达自由。如果政府不允许人们自由使用这样的公共财产，公民的表达自由就无法实现。在公有制下，尽管公众的日常生活对政府的依赖性增加，但公有制反过来为国家民生保障义务的履行提供了充分的物质基础，因此，相比实行私有制的资本主义国家而言，社会主义国家不仅民生保障范围要加大，而且保障标准也要提高。

三是应优先将国有土地、自然资源和财产用于保障单个公民基本权利的实现，确保国家对单个公民的社会保障水平远高于资本主义国家。公民的幸福或者公民基本权利的实现不仅依赖于其本人，也需要一定的物质条件作为保障。[3]即使是在实行私有

[1]张千帆：《西方宪政体系》（上册），中国政法大学出版社 2004 年版，第 549 页。

[2]公共论坛是指传统上供人们聚集在一起，以表达思想和交流观点的公共场所，包括公园、街道、步行街等。政府若要规制这类场所中的言论，就要受到宪法较多的限制，就必须经过法院的严格审查。事实上，从表达自由行使的角度看，公共财产可以区分为三类：一是传统公共论坛财产，即公园、街道等长久以来就一直被用作集会、公共讨论的场所。二是指定公共论坛（designated public forum）。这种论坛系政府开放供公众表达活动之用的财产，主要包括礼堂、会议设施、剧院等。三是非公共论坛，即不被指定用于公众交流地点的公共地产或者传统上不被认为是供公众交流使用的公共地产，比如监狱、军事基地。See Edward J. Neveril ,*"Objective" Approaches to the Public Forum Doctrine: The First Amendment at the Mercy of Architectural Chicanery* ,90 Nw. U.L. Rev. 1185, 1193-1195（1996）.

[3]See Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain*, Oxford University Press,1994, p.26.

制且能源短缺的英国，政府尚且有义务确保弱势群体获得必要的供水和家用能源，[1]更何况自然资源基本属于国有的中国。如果政府不允许河流附近居民为日常生活之用从河流中零星取水，不向沿海渔民免费提供一定面积的养殖用海，公民的生存权就将面临严重的威胁；如果国家不能采取措施为单个公民提供适宜生存所需要的住宅，为单个公民提供死后安身之所，公民的基本人权就难以实现。因此，政府有义务优先安排部分土地和自然资源用于满足单个公民基本权利实现的需要，有义务将从国有土地和自然资源中获得的收入（实际上为地租）用于确保对单个公民的社会保障水平远高于资本主义国家。

四是在对国有土地、自然资源和财产上的利益进行分配时，必须遵循平等原则和合理原则，以确保国有土地、自然资源和财产得到合理使用或者开发利用，或将其用于同时满足不同世代人们的生存需要，或将其作为生产资料用于国有经济的发展，间接服务于公共利益。平等原则要求政府在进行利益的初始分配时，应当尽可能用于建设保障所有人基本权利得以实现的公用事业和公共财产，并尽可能平等地为单个公民基本权利的实现提供物质保障。合理原则要求政府在代表国家规划土地和自然资源的用途时，不仅要合理协调不同公共利益之间的冲突，让其最大化地服务于公共利益和公民基本权利的保障，而且要防治公害，“要保护具有学术价值的自然形态，要将地域的历史作为景观加以保护，并以合理的规划理念，控制土地的利用，从而将美丽的大自然传给后世，这才是国家的文化行政事业，是培养国民文化的理念。”[2]

五是负责对国有的土地、自然资源和财产上的利益进行分配的主体以及对其进行开发利用的主体应受到基本权利条款的约束，接受公众的监督，如主动接受公民的批评并予回应。按照政府行为理论，[3]不管对国有土地和自然资源上的利益进行分配的主体是否属于法律授权的主体，也不管对国有土地和自然资源进行开发利用的主体是否为私企业，这些主体的行为都是由政府控制的行为，应视为政府行为，受到基本权利条款的约束。例如，由政府或其机构管理的公园、海滩、高尔夫球场等公共设施，就必须在平等的基础上对所有人开放。一个租赁国有财产并运营公共设施的“私人”在某种意义上也是国有财产所有者的工具，是政府的下属部门，因而承租人的行为就可能视同政府行为受到宪法的约束。[4]

综上所述，宪法之所以将大量土地和自然资源交给国家所有，是为了实现社会主

[1]参见骆梅英：《新“福利”——英国公用事业领域对弱势和低收入群体的供应保障》，《行政法学研究》2008 年第 4 期。

[2][日]宫本宪一：《环境经济学》，朴玉译，生活·读书·新知三联书店 2004 年版，第 223-224 页。

[3]按照这一理论，如果私人行为属于履行政府的传统专属权，则该行为就是政府行为；如果政府在相当程度上卷入了私行为，那么该私行为就可以转化为政府行为；当法院对法律的适用是一种积极行为时，其行为也是政府行为，应当受到宪法以及基本权利条款的约束。See Thomas P. Lewis, *The Meaning of State Action*,60 Colum. L. Rev. 1083 (1960).

[4]See Thomas P. Lewis, *The Meaning of State Action*,60 Colum. L. Rev. 1083 ,1099(1960).

义目的，消灭剥削，维护社会公平，使每个公民获得赖以生存所需要的物质基础，无需仰仗他人赐予甘泉和雨露。因此，政府代表国家行使国家所有权时，有义务优先将国有土地、自然资源、生产资料用于保障人权和公民基本权利的实现，有义务按照合理原则与平等原则对国有土地和自然资源上的利益进行初始分配，不得随意转让[1]以及利用国有财产向百姓索取财富。换句话说，这样的国家所有权已经完全不同于私人财产所有权。

四、宪法上国家所有权的性质和特点

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，具有私权和公权的二重性，应受私法和公法共同调整，因而是一种特殊的混合法律关系。[2]显然，这种观点并没有区分宪法意义上的国家所有权和部门法意义上的国家所有权。在宪法上，政府代表国家负有举办公用事业、保障人权和公民基本权利的义务或者责任。这种义务或责任恰好是国家所有权的权利来源。宪法上的国家所有权实质上是为了让政府履行其保障土地和自然资源得以合理利用、平等保障公民基本权利的实现等义务而赋予政府代表国家对这些土地和自然资源上的利益进行分配的资格，并不意味着政府可以任意对国有土地和自然资源行使占有、使用、收益和处分的权能。从前面的分析可以看出，宪法上的国家所有权不是民法意义上的个人所有权、具体所有权，而是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。这样的国家所有权具有以下特点：

一是宪法意义上的国家所有权只是意味着政府有资格代表国家对国有土地、自然资源和财产上的利益进行初始分配，并无随意对其进行占有、使用、收益、处分的权利。在全能上帝带给人类的创造物中，有些是取之不竭而足以供所有人使用的，如阳光、月光、星星和天空，一定程度上空气和海洋也属此类；另一些并不充裕，不能持续地为所有人平等地共享。对于不能完全由所有人持续地共享的土地和自然资源，只有两种路径可以用来解决利益的分配问题：一是私有化方案，这必然使很多人无法享有而带来社会的不平等；二是国有化方案，即由国家来控制这类物质上的利益分配。如果从后一意义上来理解国家所有制建立的目的，显然不会有人有异议。事实上，正是为了保障政府有能力维护社会公平、确保每个公民的基本权利得以实现，宪法才确认国家所有权，因此，宪法上的国家所有权只是确认政府有一种对国有土地、自然资源和财产上的利益进行初始分配的资格。

[1]我国宪法第 10 条第 4 款规定，任何组织或者个人不得买卖或者以其他形式非法转让土地。这就意味着代表国家行使国家所有权的政府同样不得非法转让国有土地，除非取得法律的授权。即使政府取得了法律的授权，也存在这样的授权法是否违反宪法的问题。

[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。

二是宪法意义上的国家所有权是一种抽象所有权，[1]不仅所有权的客体需要具体化、特定化，而且所有权客体的用途、代表国家行使所有权的主体、这种客体的使用管理规则等都需要通过法律进一步具体化，否则这种国家所有权将很难产生排他性的法律效果。宪法意义上的抽象国家所有权只有严格按照宪法的规定行使（既可以体现为利益分配规则的制定，也可以体现为这种利益分配规则的执行）之后，才可能使特定区域和范围的国有土地、自然资源、财产的用途得以确定，从而衍生出行政法意义上直接服务于公共利益的国家所有权和民法意义上间接服务于公共利益的国家所有权，前者受行政法调整，后者受民法调整。[2]对于受到行政法调整的国家所有权，我国应当借鉴法国 2006 年制定《公法人财产法典》的经验，[3]建立包括公共财产的确认标准、公共财产的管理与使用制度、公共财产的法律保护等在内的公共财产法律制度。即使是民法意义上的国家所有权的客体，要受民法调整，但也不允许随意转让，因为按照保障国有经济的巩固和发展的要求，它也应主要交给国有企业来开发利用，从而成为国有企业的生产资料，而不能随意转让给私人。

三是宪法意义上的国家所有权对政府而言只是一种名义所有权。由于土地和自然资源是上帝赐予给人类的恩赐，任何人自其出生时起就对脚下的土地和自然资源拥有平等使用的权利，因此，为了确保土地和自然资源上的利益得到公平分配，就必须将其交给全体国民共有，即国有。在这种国有制下，政府只是托管者，受全体国民委托，为了全体国民的共同利益对国有土地、自然资源、财产上的利益进行分配和管理，并无随意处分的权利以及利用其向国民收取费用，更无剥夺国有化之前土地、自然资源、财产的初占者继续使用的权利，政府的责任在于对这类财产上的利益进行公平的初始分配和对相应的利益冲突加以公正处理。因此，代表国家的政府只是名义上的所有权人，实质的所有权人和受益人都是全体国民。

四是宪法意义上的国家所有权不仅是一项公共权利，[4]而且是一种私法类型的权力（private law-type power），属于公权力的范畴，[5]很难与其它公权力区分开来。之所以将这里的国家所有权称为私法类型的权力，一方面是因为政府当局就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，[6]并遵守民事规则，另一方面是因为这样的所有权本身具有支配他人的力量，尤其是从目的上讲，政府当局行使这种所有权必须服务于政府所要保护和实

[1]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。

[2]肖泽晟：《公物法研究》，法律出版社 2009 年版，第 12-14 页。

[3]参见彭涛：《法国 CGPPP 的公共财产法律制度及其启示》，《行政法学研究》2010 年第 3 期。

[4]有学者以国家所有权由民法进行了规定、国家所有权实现手段的行政化并不影响国家所有权作为民法权利的性质、国家既可以享有公权力也可以享有民法上的所有权三点理由，主张国家所有权为民事权利，而非公共权力。参见程淑娟：《国家所有权民法保护论》，法律出版社 2013 年版，第 84-98 页。

[5]See Tom Cornford, *Towards a Public Law of Tort*, Ashgate publishing Limited,2008,pp.63-69.

[6]参见程淑娟：《论我国国家所有权的性质》，《法律科学》2009 年第 1 期。

现的公共利益目的，因而必须遵循公法规则，受到公法调整。例如，我国《旅游法》就没有将景区的开放视为民法意义上国家所有权的行使，而是将其纳入行政许可的范围，[1]使其受到公法的规制，并且景区用途的确定权与收费决定权被分别交由不同的行政机构行使。再如，英国政府当局撤回为特定目的授予给公众使用国有土地的许可甚至卖地的决定，都要接受司法审查，[2]同样说明这种私法类型权力的有限性以及必须受到公法规则约束的特点。

五是宪法意义上的国家所有权不是民法意义上的自我所有权，而是一种体现平等主义的公共所有权，为弥补或者纠正效率缺陷，确保国民的受益人地位，原则上禁止收益权。虽然马克思批评了法国小资产阶级社会主义者普鲁东的许多主张，但是两人对自我所有权的批判却是一致的。普鲁东在给布朗基先生的一封信中指出，社会不平等的根源有三，即集体财富无偿地私有化、交换过程中的不平等和所有者的收益权，[3]而社会主义国家实行公有制的目的就是为了消除导致社会不平等的根源。“平等主义准则有三个内容：一是个体福利的平均化；二是在最低公平的福利量实行平均分配的基础上运用要素禀赋的原则；三是使最低收入阶层的福利极大化。”[4]而所有权的本质在于所有人对一件标明为他自己的东西所主张的那种收益权，就是想无中生有，[5]真正能作为民法意义上自我所有权客体的只能是劳动的产物，而不是大自然赐予给人类的恩赐——土地和自然资源。马克思在《资本论》第三卷中指出：“从一个较高级的经济社会形态的角度来看，个别人对地体的私有权，和一个人对另一个人的私有权一样，是完全荒谬的。甚至整个社会，一个民族，以至一切同时存在的社会加在一起，都不是土地的所有者。他们只是土地的占有者，土地的利用者，并且他们必须像好家长那样，把土地改良后传给后代。”[6]显然，我国宪法将大量土地、自然资源、生产资料交给国家所有，是为了重新分配财富，以实现平等主义的目标，让每个公民都从这些国有财产中受益。由于收益权属于受益权的范围，如果把收益权从受益权中剥离出来交给政府行使，公民的受益权将荡然无存，因此，只要国家所有权行使的结果使得某一范围内的国有财产的直接受益人必须是全体国民，那么政府原则上就不能再享有收益权。也许会有人认为，政府只要能将收益用于全体国民，就没有必要禁止政府享有收益权，但是，考虑到我国目前还缺乏强制政府将财政资金直接用于保障公民基本权利得以实现的法律机制，财政资金还主要被用于吃饭财政，为了确保政府能够优先将国有土地和自然资源用于保障公民基本权利的实现，防止政府随意利用国有财产向

[1]根据《旅游法》第四十二条的规定，景区开放应当符合法定条件，景区主管部门在办理相关审批手续时，应当听取旅游主管部门的意见。
[2]*See* Tom Cornford, *Towards a Public Law of Tort*, Ashgate publishing Limited,2008,p.64.
[3]参见[法]普鲁东：《什么是所有权》，孙署冰译，商务印书馆 1963 年版，第 437 页。
[4]毛寿龙、李梅：《有限政府的经济分析》，上海三联书店 2000 年版，第 273 页。
[5]参见[法]普鲁东：《什么是所有权》，孙署冰译，商务印书馆 1963 年版，第 174-180 页。
[6]《马克思恩格斯选集 2》，人民出版社 1995 年版，第 574-575 页。

百姓索取财富，除了基于国有土地和自然资源本来的性质而只能交给特定人利用因而必须收费之外，原则上应禁止政府享有收益权。

由上可见，与私人财产所有权因为公共利益需要而受到国家的外在限制不同，宪法对国家所有权所施加的限制，是这个国家的人民对自己的政府所施加的限制，本质上属于内在限制，是“主人”对“仆人”所施加的限制，涉及“仆人”在代表“主人”行使所有权时应对“主人”负何种义务以及如何使这种义务得到切实履行的问题，不仅属于法律问题，更属于政治问题。

五、国有化后尚未完成的任务

就如同私有制不一定等于不平等一样，公有制也不一定等于平等。只有当公有制与实行公有制的目的紧密结合在一起时，公有制才能真正消灭剥削。从人类发展的历史来看，人类各种保障的基础均依赖于土地和自然资源，而要想在有限的土地和自然资源基础上实现人类总体保障水平的最大化，就必须让国家独占土地和自然资源，并由政府代表国家对土地和自然资源上的利益进行公平分配。因此，从宪法解释的角度看，我国宪法意义上的国家所有权并非民法意义上的自我所有权，政府并不能代表国家建一道“篱笆”把国有财产控制起来并将所有公民阻挡在外，相反它是一种体现平等主义的义务性所有权、一种抽象所有权，因而对政府而言只是一种名义所有权，只是意味着只有政府才有对国有土地、自然资源等的使用进行合理分配（即利益的初始分配）的资格，而政府对其行使占有、使用、收益或处分的权能要受到其所承担的宪法义务的限制。例如，地下水和河流虽属国有，但在进行利益分配时，必须认可公民有使用附近的地下水和从附近河流取水的权利；长江虽属国有，但国家也不能任意将长江改道，或者将长江水全部截流，或者将长江的水全部调往北方，而全然不顾长江两岸居民的生活用水、航道用水、水生动植物保护用水等的需要。我国《宪法》规定大多数土地、自然资源国有，是为了实现社会主义的内在价值，即消灭剥削、维护社会公平、保护自由和增加公民的福利。[1]因此，社会主义法治国家的最重要任务在于，确保国有财产优先服务于维护社会公平、消除剥削的社会主义目的，限制政府的收益权，防止作为百姓日常生活所依赖的国有土地和自然资源成为政府或者私人向老百姓索取财富的工具。然而，长期以来，我国的国有土地和自然资源作为最主要的公共资源，很少被用于建设每个公民都需要的公共财产（如公共厕所）或公用设施，即使建设了一些公共财产，也大部分成了管理者挣钱的手段，如在城市道路两侧施划了大量停车泊位并向使用者收费。在公共资源有偿使用的旗号下，为片面追求经济效率，不仅公共资源的使用成了只有有钱人才能享有的特权，而且大量有形或无形的公共资源

[1]当然，“如果私人所有权能够比国有化或者集体化更好地服务于上述内在价值，那么也未必一定要消灭私有制。”换句话说，哪些类型的财产应当公有，哪些应当私有，依然是一个需要进一步研究的问题。参见[匈牙利]雅诺什·科尔奈：《社会主义体制》，张安译，中央编译出版社 2008 年版，第 82 页。

正由特许经营者进行排他性利用，成为向百姓索取财富的工具。这充分表明，目前我国政府并未完全按照平等主义的要求和宪法对国家所有权所施加的义务，完成对国有土地、自然资源和财产上的利益进行公平初始分配的任务。正如有学者所指出的，不合理的权利配置将导致对资源的浪费性使用，将导致对最初使用者的不公平，[1]引发人们对这种资源的无序争夺。毫无疑问，在对国有财产上的利益进行公平初始分配的任务完成之前，人们争夺国有财产上的利益的无序状态将继续延续下去。面对这一艰巨任务，作为保障宪法得以实施的首要责任人，全国人大及其常委会应当及时制定《国有财产用途确定法》或《国家所有权行使法》这一宪法性法律，使国有财产与公共利益的实质联系具体化，并按照国家所有权所负义务的要求，建立完善的国有土地、自然资源和财产上的利益初始分配机制，限制政府对国有土地和自然资源的收益权的行使，确保国有土地、自然资源、生产资料被优先用于维护社会公平和保障公民基本权利的实现。只有这样，国家所有权才可能不再是一个神话！

[1]参见[瑞典]托马斯•思德纳：《环境与自然资源管理的政策工具》，张蔚文等译，上海三联书店、上海人民出版社2005年版，第94-98页。

论宪法上“国家所有”的规范含义

程雪阳*

内容提要：通过宪法解释学的分析，可以发现，我国现行宪法所规定的“国家所有”这一术语，不仅是一种所有制，而且是一种所有权，其并没有突破大陆法系数百年形成的有关“所有权”的理论，因此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和权能上的差异。不过，基于宪法第9条第1款关于“国家所有，即全民所有”的规定，国家所有权确实具有功能特殊性，其具体表现为这种所有权必须“为公民自由和自主发展提供物质保障”。另外，宪法第9条第1款和第10条第1、2款关于国家所有权的规定，并不意味着领土范围内的自然资源全部都归国家所有，而只是赋予（或者说授权）国家获得这些自然资源的资格。具体的土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源是否属于国家所有，依赖于法律的具体化和立法的形成。在法律没有将宪法上的自然资源国家所有权予以具体化之前，此种自然资源属于没有进入物权法/财产法秩序的社会共有物。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。如果立法者决意要将某种自然资源纳入财产法秩序或者将其具体化为国家所有，应当遵循审慎的美德，不能违背基本的自然规律和基本的立法原则。

关键词：自然资源　国家所有　所有权理论　国家治理　宪法解释

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。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，但从法学研究（特别是宪法学）的角度来看，这个问题与如何理解和解释我国现行宪法上的“国家所有”有关。虽然“国家所有”这个术语在我国宪法出现过三

* 法学博士，苏州大学王健法学院副教授。
本文受国家社科基金项目“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）；中国博士后科学基金第七批特别资助项目（2014T70157）资助。张翔、王旭、朱虎、韩大元、胡锦光、王磊、焦洪昌、刘明、王克稳等师友对本文的写作和修改提出了许多宝贵意见，在此表示感谢。

次，[1]但其简单明了的规定带来了许多复杂的理论和实践难题。

具体来说，主要表现在以下几个方面：

（一）宪法第 10 条第 1 款所规定“城市的土地属于国家所有”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？学术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。如果采用前一种解释方案，那么国家就可以通过出租、抵押、担保等方式有偿出让相应土地权利，进而获得相应收益。国土资源部 2010-2013 年发布《国土资源公报》和财政部 2010-2013 年发布的《全国公共财政收入基本情况》显示，这四年间全国全年土地出让合同总价款分别为 2.71 万亿，3.15 万亿，2.69 万亿和 4.20 万亿。而同期国家的税收收入分别为 7.32 万亿，8.97 万亿，10.06 万亿，11.04 万亿，[2]国有土地有偿出让收入相当于国家税收收入的 37%，35%，27%，38%。如果采用后一种解释方案，国家就只能对城市的土地征税和进行行政收费，而不能作为土地的所有权人来获得相关土地收益。如此一来，目前各地政府的国有土地有偿出让行为，就不仅是一个经济问题，而且成为具有违宪嫌疑的重大宪法问题。

（二）宪法第 9 条第 1 款规定的“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一种私法意义上的财产所有权的话，那么除法律规定属于集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂外，是不是其他矿藏、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。如果答案是肯定的话，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，国家作为所有权人要不要给予民事赔偿？[3]

（三）有些自然资源虽然自有人类文明以后就一直存在，但因为深埋地下不曾被人类发现，或者因为科学技术没有发展成熟无法被人类大规模开发利用（比如深埋在地下的页岩气以及空中的太阳能、风能等），那么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时，国家可否依据宪法第 9 条第 1 款的规定，径直

[1] 现行宪法第 9 条第 1 款和第 10 条第 1、2 款分别规定，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。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。

[2] 2010、2011、2012、2013 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 年的《全国公共财政收入基本情况》可以登录财政部官方网站获取。

[3] 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；《24 岁小伙河边洗头溺亡 合肥市滁河干渠管理分局被诉》，《安徽商报》2013 年 12 月 23 日。

将这些原来没有被发现或者无法被利用的自然资源宣布为是国有财产呢？从各地政府频频宣布出土乌木为国家所有，到黑龙江省人大常委会宣布“凡是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自然资源气为国家所有”，再到最近围绕“狗头金”归属所引发的争议来看，人们并没有就这个问题达成共识。[1]

（四）土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源的国家所有权的权利体系是怎样的？有谁代表，又由谁来行使呢？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惟一合法有效的行使者？如果由国务院来具体代表国家行使自然资源所有权，那国务院的哪个或者哪些部门可以代表国务院行使所有权人的权利呢？在目前的实践中，这似乎不是一个问题，国土资源管理部门在实践中确实在代表国家行使国有土地和国有矿产所有权的，林业行政管理部门、草原行政管理部门和水利行政管理部门也在代表国家行使国有森林、草原和水流的所有权。但一旦回到规范上，我们实际上无法找到这些行政管理部门代表国家行使相应国有自然资源所有权的规范依据。[2]这也是为什么十八届三中全会提出要“健全自然资源资产产权制度。对水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然生态空间进行统一确权登记，形成归属清晰、权责明确、监管有效的自然资源资产产权制度”的原因。然而，如何落实这个改革目标，目前并没有明确的答案。

依照笔者的浅见，要回答上述难题，首先需要对我国宪法第 9 条第 1 款和第 10 条第 1、2 款的规范性质进行研究，然后还要对“国家所有”这一术语本身的含义加以分析。由于笔者在之前的文章中已经初步完成了前一任务，[3]所以本文着力解决后一

[1] 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，但随后这些乌木被镇政府收走了。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；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。《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。

[2] 2014 年 9 月 20 日的“中青年改革开放论坛(莫干山会议·2014)”上，中央财经领导小组办公室副主任杨伟民提到“森林是全民所有的，全民所有的森林，谁来代表呢？国务院，那国务院到底是谁？现在还不清楚。一些管理部门可能看起来有代表职责，但实际上除了林业局有那么一句话以外，其他都没有。那这些部门在什么意义上行使管理呢？”实际上，《森林法》也没有具体的规定赋予林业局代表国家行使国有森林所有权。其 3 条第 2 仅仅是规定“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。”陈益刊：《官方正考虑建自然资源“国资委”》，《第一财经日报》2014 年 9 月 22 日。

[3] 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。在这篇文章中，笔者提出，宪法第 10 条第 1、2、3 款共同构成了一个完整的授权性规范，其具体内涵是，（1）城市的土地可以属于国家所有，也可以不属于国家所有；（2）农村和城市郊区的土地可以属于集体所有，也可以不属于集体所有（比如属于国家所有或者其他主体所有），宅基地和自留地、自留山可以属于集体所有，也可以不属于集体所有（比如，属于国家所有或者其他主体所有）；（3）宪法授权国家可以通过购买或者征收的方式将城市、城市郊区或农村的土地转变为国家所有，但当国家采用征收手段来获取城市土地所有权时，必须遵循“公共利益+依照法律的规定+补偿”这三个要件。第 9 条第 1 款独立则构成了一个完整的授权性规范，其规范的具体内涵是“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都可以依照法律的规定属于国家所有，即全民所有；但对于法律规定属于集体所有

问题。

为了完成这个任务，接下来，我将首先梳理和分析当下学术界关于“国家所有”的研究，然后在此基础上提出笔者关于宪法上“国家所有”这一术语的解释方案。需要说明的是，在谈到对国家所有权的研究方法时，崔建远教授指出，“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。”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。[1]

二、现有的解释方案及其问题

依照笔者的梳理，针对宪法上的“国家所有权”，国内学术界主要有以下五种解释方案。

第一种解释方案可以被称为是“物权说”。这些解释方案认为，虽然在我国，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且可以分离的事物。为此，要将国家的立法活动与国家享有并行使财产权的行为严格区别。国家所有权虽然特殊，但要服从民法对于所有权的一般规定，其不仅包括国家所有权的内容要有民法规定，而且包括国家所有权要限定在民法关于所有权内容的一般规定的范围之内，不能由行政机关随意创设和扩大国家所有权的内容。[2]

这种解释方案的本质是将国家“拟人化”，将国家看作是一个拥有独立意志、独立财产并可独立承担民事责任的法人，并将国家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，即都是民法上的所有权。这种借鉴自德国潘德克顿法学派的主张优点非常突。[3]其在理论上其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的含义”的要求，并让

的森林和山岭、草原、荒地、滩涂除外。”不过，下文将会提到，这个解释方案需要进一步精确化。

[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。

[2] 持有这种观点的代表性著作有：王利明：《国家所有权的法律特征研究》，《法律科学》1990 年第 6 期；王利明：《论国家作为民事主体》，《法学研究》1991 年第 1 期；梁慧星：《以公司形式改组国有企业》，《民法学说判例与立法研究》（二），国家行政学院出版社 1999 年版，第 107 页等。

[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，按照家长式国家学说对国家进行继承法上的占有变得不可能了，土地和人民也不能再看作是君主的私人财产。另外，作为国家机构，君主的行为对其继任者也必然拥有约束力。不过，并不是所有的人都同意将国家拟人化处理。比如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”。当时德国的行政法学家奥拓·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。”[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 104-108，493-494，560 页。

貌似怪异的国家所有权回归了现有的民法理论和民法权利体系之中。而在实践中，这种解释方案对 1990 年代以后的国企改革（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。

但这种解释方案并非没有缺点。其一方面没有对国家所有权作为一种民法所有权的特殊性予以很好地揭示，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？[1]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。以自然资源的国家所有权为例，“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？”[2]居民从黄河里取水饮用是否构成了对作为国有财产的“水流”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被称为是“公权力说”。在国内，这种方案最早出现在有关国有企业与国家所有权关系的讨论中。这种解释方案的支持者通常认为，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进行使。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，其利益的享受不能通过任何民事行为方式加以实现，其也不能另行选择其他代理人以更换“代理”行使所有权的“国家”等。[3]

在进入 21 世纪的前后，这种解释方案在理论界并不占据主流地位，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、优越性”、“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 7 个与传统所有权相违背的问题，而且将国家所有权认定为是一项基本权利，可能会出现国家所有权是“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。[4]

[1] 有学者藉此批评这种方案是国家所有权与个人所有权无实质差别的“同一论”。王军：《国企改革与国家所有权神话》，《中外法学》2005 年第 3 期。

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

[3] 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。

[4] 巩固：《自然资源国家所有权公权说》，《法学研究》2013 年第 4 期。在 2015 年的文章中，巩固教授将其观点进一步总结为，“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，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。”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。

这种解释方案得到了部分公法学者的赞同，比如有行政法学者认为，国家所有权是一种公法上所有权，这种所有权与私法上的所有权是存在重大区别的，因此不能使用民法理论来进行理解和适用。在其看来，这种公法所有权所确认的主要“不是一种私法上的财产权利，而是一种公法上的管理义务；不是其私法上的财产，使之通过使用该财产去获利，而是赋予其职权（同时也是职责），要求其为了公共利益去管理公共资源。”[1]

这种方案的优点在于其指出了国家所有权与普通所有权（比如私人所有权）的特殊性，提醒人们在国家所有权这个问题上，不能完全按照民法的一般理论进行理解。但缺点也极为明显。

（1）其将国家所有权的特殊性进行了夸大性理解，进而将国家所有权定位为一种脱离民法秩序的术语。在这种理论的支持者看来，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“将具有公权力属性的国有财产毫无例外地引入私人属性的所有权范畴并通过国家所有权介入私法性质的私有财产领域，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]支持这种解释方案的一些学者由此认为，在物权法中规定国家所有权也是不应该的，因为所有权的本质是保护私人的自由和自主。不过，既然我国物权法已经规定了这一项权利，那只能从“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，可以将“民法上的国家所有权”视为是对宪法规定的细化和重申。但物权法的这种规定，并不能表明此种所有权即当然具有私权的性质。[3]

（2）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 款后半句关于“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 款关于“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？如果把这两项规定中提到的“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”这个术语）拥有完全不同内涵的后果。而在同一个法律秩序内，为了避免理论和认识上的混论，这种情形应当尽量避免出现。[4]

[1] 陈仪：《保护野生动物抑或国家所有权——从私割鲸肉应否处罚谈开去》，《法学》2012 年第 6 期。相似的观点还可以参见王克稳：《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。王克稳教授也认为“自然资源国家所有权实质上是国家对自然资源的管理权”，不过，与其他“公权力说”不同的是，他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。

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

[3] 前引巩固（2013）文。

[4] 致力于古城保护的华新民女士提出，基于城市经租房等历史遗留土地问题，我国现行宪法上的“国家所有”不是

第三种解释方案可以被称为是“所有制说”。这种解释方案认为，“国家所有”在我国现行宪法中是规定在宪法第一章“总纲”部分的，因此现行宪法上的“国家所有”是一项经济制度而不是一项权利。比如最近有学者就提出，“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。”[1]

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。这两部宪法的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，而是另有深意。这种“深意”就是要建立一种所有制，即对“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”的国家所有制。我们可以称之为“国家财产制”。[2]

沿着这一解释路径，有学者提出，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。用物权平等保护规则论证农村宅基地与城市建设用地“同权”，实质是用民事关系替代所有制关系，不具合法性。[3]

这种解释方案确实让我们看到了现行宪法所规定的国家所有与集体所有具有复杂性，但藉此得出结论说，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”是不应该被所接受的，因为这两个条款不是作为对事实的陈述规定在宪法序言之中，而是作为有规范效力的法律规范规定在总纲之中的。另外，认为国家所有和集体所有仅仅是一项经济制度而不是所有权，恐有失偏颇。关于这个问题，请容许我随后再详加讨论。

第四种解释方案也认为我国现行宪法上所规定的“国家所有”首先是一项制度。不

民法或财产权意义上的国家所有，而“只能是虚的，在主权、领土和行政管辖之列。”（华新民：《中国城市土地所有权的梳理和追问》，《东方早报》2012 年 11 月 27 日）这种解释方案从本质上来说也可以被归类为“公权力说”。但其有三点特殊之处：首先，“公权力说”虽然不同意国家所有权是一种民法上的所有权，但其依然赋予了“国家所有权”这个术语以一定的含义，比如国家在公法上对于公民的义务和责任等等，而这种“国家所有=领土所有=主权管辖”的解释方案实质上将“国家所有”这个概念完全空洞化了，使之成了一个毫无意义的概念；其次，城市的土地只要位于中国领土范围之内，就毫无疑问地属于我国主权管辖，那宪法多此一举地规定“城市的土地属于国家所有”有何意义呢？最后，其也无法回答“宪法为何仅仅确认了国家对城市土地的主权管辖权，却不确认对农村土地的主权管辖权”这一问题。

[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。

[2] 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。

[3] 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。

过，与第三种解释方案不同的是，其并不认为这项制度必然是所有制，而是认为其有待于立法进一步形成，因此可以称为是“制度性保障+立法形成自由说”。这种方案代表了近几年来中国法学界沟通宪法与其他部门法（特别是民法）关系的一个新路向。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，但是他们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、行政法、环境法，还是自然资源保护法，都不例外。然而这种方案转换了视角，认为“国家所有权”虽然是一个法律术语，但是其在宪法上的含义和民法上的含义却并不完全等同。前者属于或者类似于德国法上“制度性保障”，后者才是民法上的作为“物权”而存在的国家所有权。如果想要把宪法上的“制度性保障”在具体法律中加以落实，那就必须通过法律来具体化和形成。

不过，持有这种解释方案的学者，对于如何理解“制度性保障+立法形成自由”也有不同的看法。

张翔教授认为，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一定在法律层面应当具有与普通的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，否则会存在严重问题。其认为，在国家所有权的具体内容确定方面，立法者实际上有着极大的形成自由，因为财产权被认为是一个不同于其他基本权利的特点，即有待于立法形成。[1]林来梵教授支持张翔有关宪法上的国家所有权有待立法形成的论断，但其认为应当借鉴“制度性保障”学说，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]

彭诚信教授和单平基博士在他们关于水资源国家所有权的研究中，认同宪法上的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”，但他们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，由于法律调整水资源的最终目的在于确保“水资源效用的最大发挥”，所以宪法上的国家所有权需要转化为民法上的国家所有权。而一旦经由民法的具体化，国家所有权就具有了民法上的物权属性。[3]

[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。崔建远教授也认同这种解释方案，其认为，宪法上的制度及权利，需要部门法具体落实。所谓具体落实，不是异于宪法上的制度及权利，而是符合宪法上的制度及权利，只不过是将宪法上的制度及权利细化。宪法上的自然资源国家所有权与民法上的自然资源所有权，在核心区域应当具有相同的因素，两者互不排斥，但在外形方面，前者比后者宽泛、丰富。前引崔建远（2013）文。

[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。。

[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。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。。

马俊驹教授也认为宪法关于国家所有权的规定是一项制度性保障，需要相关的部门法加以落实，但是他认为宪法上的国家所有权是“一种主体资格，一项公权利，与私权利没有直接关联”。基于宪法的规定，国家取得了各种重要生产资料的所有权的资格，但是仅有这种资格是不够的，所有权的行使和保护还须有相关的部门法来加以规范，这里不仅需要私法，也需要公法，因为国家所有权制度是民法和行政法的混合体。[1]

这种解释方案的优点极为明显，其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于国家所有权在不同位阶和法律规范领域多样性的认识。但其问题在于，当学者们用“制度性保障”来界定中国宪法上“国家所有”这一术语的含义时，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“制度性保障”需要立法予以形成，对于解决理论和现实中的争议来说是不够的，我们还必须回答国家所有在宪法上如何定位以及在现实中如何落实等问题。

第五种解释方案可以称为是“名义所有权说”。这种解释方案主要是针对宪法第 10 条第 1 款关于“城市的土地属于国家所有”而提出来的。持有这种解释方案的张千帆教授认为，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”呢？持有这种观点的张千帆教授强调，“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。”[2]

这种解释方案有利于保护城市私有土地所有权人的权利，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。但这种观点的缺陷在于：

其一，“名义土地所有权”英国法上较为清晰且已被民众所接受，但在我国法律上和法学理论中，这种界定则可能是一个模糊的、难以界定和安放的概念。出现这种情况的根本原因在于，我国以及其他大陆法系国家所拥有的所有权理论、观念和法律制度，在英国法中并不存在完全相同的对应物。在中国、法国或德国的法律理论和法律制度中，“所有权”这一术语是跟绝对性的占有和支配联系在一起的，所以才有“一物一权”，“一物不能有二主”的原则。[3]而在英国，尽管所有的土地名义上都属于国王所有，但是随着漫长历史的演变，特别是随着封建制度的瓦解，国王的土地所有权逐步

[1] 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。

[2] 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。

[3] 关于“一物一权”的讨论可以参见尹田：《论一物一权原则及其与“双重所有权”理论的冲突》，《中国法学》2002 年第 3 期；王利明：《一物一权原则探讨》，《法律科学》2009 年第 1 期。

被虚化，而各种各样的土地的保有权（tenure）和地产权（estate）通过信托（Trust）等制度则逐渐被实体化，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……”[1]

其二，在现实中，这种解释方案可能还会遭遇一些难以解决的问题。比如，如果国家对于城市土地仅仅拥有“名义上的所有权”，那么国家对于新增的国有土地（比如通过征收集体土地而形成的国有土地）享有的是“名义上的所有权”还是“实质上的所有权”呢？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”呢？如果答案是前者，那么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）的归属又应当如何确定呢？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，但对于解释现行宪法上的国家所有都还存在这样或那样的问题，因此我们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、2 款规定的土地国家所有问题，而且要解决第 9 条第 1 款规定的自然资源国家所有问题；不仅要回答宪法上的国家所有问题，而且要回答宪法上的国家所有与民法以及其他具体法律上的国家所有权的异同之处，从而让以宪法为统领的整个现行法秩序在“国家所有”这个问题上形成一个和谐统一知识体系和制度体系。为了实现上述目标，下文将尝试提出一种新的解释方案，这种方案认为，

（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，而且是一项所有权，即国家所有权。这种“国家所有权”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含义上和权能构造上的差异性。

（2）但基于我国现行宪法第 9 条第 1 款所规定的“国家所有，即全民所有”，国家所有权必须服从于“服务全民，全民共享”这一政治要求，而这就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。其具体表现为国家所有权要为“公民自由和自主发展提供物质保障”；

（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，还需要制定具体法律，比如物权法、合同法、自然资源法、土地法等，从而通过对国家所有权的种类、范围、行使方式、用途和收益进行立法形成，最终建立一套完整的关于国

[1] F H Lawson &Bernard Rudden, The Law of Property, Oxford University Press, 2nd edition, 1998, p.116.

家所有权的法秩序。

（4）立法者在对宪法上国家所有权进行具体化和立法形成时，应遵循审慎的美德，不能违背基本的自然规律和基本的立法原则。如果法律没有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）的社会共有物或人类共有物，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第一章“总纲”部分，而不是第二章“公民的基本权利和义务”一章的。但依照笔者的看法，即便是依照这种文本结构来理解和解释，我们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，而不是所有权。理由是：

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”制度和理论本身。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的所有权制度，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。

至于谈到“所有权”的含义，虽然马克思和列宁对这个术语进行了超出法学含义的诠释（比如认为所有权是表现社会生产的静态等），但在法律层面上来看，他们依然是从私法意义上来理解“国家所有权”的。比如，在 1872 年的《论土地的国有化》一文中，马克思就曾清晰地表达自己的观点。他认为，“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（the land can but be owned by the nation itself）。”[2]列宁支持马克思的观点，他认为，“土地国有化就是全部土地收归国

[1] 蒲鲁东的观点参见[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 页以及第四章《所有权是不能存在的》。

[2] Karl Marx, The Nationalisation of the Land, A Paper read at the Manchester Section of the International Working Men's

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。”[1]

其次，作为中国宪法上“国家所有”直接知识来源的苏联宪法，依然是按照传统大陆法系关于所有权的理论来界定“国家所有权”的，并没有在理论上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。[2]1917 年以后，苏（俄）联依照马克思列宁主义的教导将全国所有的土地都国有化了，从而实现了作为主权者的国家与作为财产所有者的国家身份上的合一。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。”这一条虽然是规定在第 1 章“社会结构”中，而不是规定在第 10 章“公民的基本权利与义务”中，但苏（俄）联法和当时的苏联法学教科书在解释这一条款时，却认为国家所有权虽然是以“确定国家经济组织权能的方法来揭露的”，但其指的就是“国家机关在法定范围以内，占有、使用和处分它（国家）的财产”。[3]

当然，这并不是说苏（俄）联的国家所有权与私人所有权是完全一样的。其确实有特别之处，但这种特别之处只表现在以下两个方面：其一，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。[4]其二，按照意识形态的要求，对国家所有权赋予了特殊的法律地位。其表现为：国有财产是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（比如合作社组织）或公民之间发生财产争议，在财产归属尚未得到证实之前，推定争议的财产归国家所有。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等方面。[5]

Association, *The International Herald* No. 11, June 15, 1872.

[1] 列宁：《社会民主党在 1905—1907 年俄国第一次革命中的土地纲领》（结束语），《列宁全集》第 13 卷（1907 年 6 月-1908 年 4 月），人民出版社 1959 年版，第 276、298、314 页。

[2] 关于中国宪法上“国家所有”一词知识源流的详细梳理，可以参见程雪阳：《我国宪法上“国家所有”的知识源流考》，未刊稿。

[3] [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译，中国人民大学出版社 1955 年版，第 194-195 页。

[4] [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。

[5] 前引 C.H.布拉都西（1955）书，第 211-213 页；[苏]维涅吉克托夫著：《苏联民法对社会主义财产的保护》，谢怀式、李为译，法律出版社 1957 年版，第 124-136 页。那为什么会出现这种解释方案与马克思列宁主义的理论是“背离的”这种直觉上的错误呢？主要原因在于 1949 年及其以后的中国并没有像马克思列宁主义所教导的那样，在土地、矿产、森林等自然资源领域建立作为统一、惟一的国家所有权制度，因此不能像苏（俄）联模式所示范的那样，达到“作为主权者的国家”与“作为自然资源所有权人的国家”完全合二为一的状态。当然，这并不令人惋惜，苏（俄）联模式早已被扫进历史垃圾堆了。

由此观之，认为“马克思列宁主义的影响”意味着“前苏联和传统社会主义国家宪法所规定的‘国家所有权’脱离了所有权的本原”，[1]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。

最后，通过查阅五四宪法、八二宪法以及相关制宪修宪资料可以发现，我国宪法之所以要规定矿产、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，也是为了通过确定所有权的归属并加以保护，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”主要是从经济基础的角度来讲的，“所有权”则是从法律权利义务划分的角度来讲的。[2]

这里遗留的一个问题是，如果“国家所有”是一种关于所有权的规定的话，那如何理解我国现行宪法第 9 条第 1 款关于“国家所有，即全民所有”的规定呢？笔者认为，从法学而不是社会学或者政治学的角度来看，“国家所有”与“全民所有”之间确实存在紧张关系。如果以“全民所有”来解释和代替“国家所有”，自然会出现抽象的人民不具备民法的主体资格，无法从事民事法律行为的后果；而如果以“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”，然后由国家来代表全体人民来享有所有权，“国家所有，即全民所有”的规定就具有了法律上的可操作性，但其会产生国家背离人民利益和意志的风险——请注意，国家和人民并不天然等同，路易十四就曾说“朕即国家”，西欧和中国的封建帝王也都曾把国家的土地、资源甚至人民视为是他们的私产。另外，即便是那些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，变成他们满足私欲的工具。

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”这一规定的规范内涵是：（1）作为主权者的人民希望将某些特殊的财产及其收益不被少数人占有而供全民共享。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”；[3]（2）由于全民无法直接行使相应财产的所有权，所以需要由国家以及代表国家的建制化组织机构（即机关法人）来具体行使全民财产的所有权。也就是说，国家是受人民之托来管理属于全民的某些特殊财产及其所得收益。而人民之所以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“为全体公民的自由和自主发展提供物质保障”；（3）人民和人民的代表（通过人民代表大会）因此也有权要求国家和代表国家的组织机构向其报告

---

[1] 前引李昌庚（2011）年文。

[2] 关于五四宪法制宪资料和八二宪法修宪资料的详细梳理，同样参见程雪阳（2015）文。

[3] 这里需要补充的是，从法秩序的保障和落实角度来看，宪法第9条第1款所建立的“保障制度”包括三个方面：（1）“国家所有，即全民所有”这一语句，是一项制度性保障；（2）建立这一项制度性保障的目的是为了确保“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源”为公民自由和自主发展提供“物质保障”。这正是“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”这一规范语句的准确含义；（3）为了实现前两个保障目标，国家必须建立相应的机构或者进行相应的机构改革，即宪法要求国家建立组织保障。关于第二点和第三点，下文会着力讨论。

国家所有权的行使、收益等其他情况。

（二）国家所有权的功能特殊性

人们通常认为，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”。如果我们把宪法第 9 条和第 10 条规定的“国家所有”解释是“国家所有权”，是物权法和财产法的一种所有权，那么国家所有权会不会突破人们对于财产权的定位呢？比如上文曾经提到，有学者提出，将国家所有权理解为是一种所有权，并不符合财产权“维护自由、防御公权” 的功能，甚至还会出现“国家防御国家之权”的悖论。对于这种质疑，应当从以下两个方面加以认识。

其一，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能否成为“独立的、有尊严的人”会产生重大影响，或者说对于“私人自主”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是“人的自然的和不可动摇的权利。”

然而，诚如哈贝马斯所指出地那样，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。其具体表现为“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权力的领域，”来自大型社会组织（比如公司企业、大型组织、社团协会和各种中介机构）所拥有的经济权力和社会权力，对于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。[1]

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”。[2]这时，如果依然坚持对财产权采取传统的“自由权”理解模式，或者用哈贝马斯的话来说叫“自由主义法范式”或“资产阶级形式法范式”，并非不正确，而是不充分。因为这种理解模式所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。请注意，在这里并不是说“对于财产匮乏的公民来说，法律所保障的财产权是没有意义的，是虚伪的”，而强调有德性的国家（特别像我们这种追求社会主义的国家）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。

[1] [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（修订译本），第 493-495 页。

[2] 同上，第 499 页。

在现代社会，如何保障公民（特别是财产匮乏的公民）的私人自主成为可能呢？作为主权者，国家至少有两种方式来实现这个目标。比如，通过税收和转移支付来调解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，是一个非常重要的方式和途径。不过，通过产权控制，即建立国家对一些特殊财产的财产权，也是一种非常重要的方式。因为通过控制这些财产及其收益，国家可以按照人民（及其代表）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，改善基础设施，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”。请注意，这种观点不是一厢情愿，也不是异想天开，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）就是这方面的成功典范。[2]

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，诚如哈特所指出的那样，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会一起出现的性质的事例，比如，国际法和某些形式的原始法律也被称为是法就是例证。[3]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。比如，这种所有权的功能不是用于保障作为法人的“国家”自己的私利，而是在于确保其全体国民的“私人自主和自由”，或者更准

[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，形成有关国有财产的使用和利用规则；其次，还要确保国有财产及其收益用于帮助公民获得“实现私人自由和自主”方面；最后，虽然产权控制和税收调节都是可以采取的方式，但在具体的领域采用哪一种方式，需要通过科学论证、公共参与和民主讨论，不能完全留给政府自由裁量。

[2] 1959 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（Prudhoe Bay）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（the Alaska Permanent Fund），并规定未来每年阿拉斯加州自然资源的所有收入的 25%必须纳入到该基金，每个阿拉斯加居民都有权获得分红，没有多数人民的同意，这项基金不能用于投资或者消费。阿拉斯加专门设立了一个州政府所有的公司（Alaska Permanent Fund Corporation (APFC）来管理该永久基金。2007 年时，这项基金的总资产为 400 亿美元。更多资料请参阅该公司官方网站 http://www.apfc.org/home/Content/aboutAPFC/aboutAPFC.cfm；尼日利亚信托基金是由 1976 年由该国联邦政府建立的，该项基金是由银行管理的的特别基金，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。See Operational Resources and Policies Department (ORPC), Nigeria Trust Fund, Operational Guidelines, November 2008,p.1.挪威的石油基金设立于 1996 年。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。挪威政府要求，该国政府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。最初该项基金不能用于任何政府一般性支出，但是近几年来，政府每年可以将该项基金的 4%用于一般性开支，主要包括改善基础设施，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的问题，挪威决定在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。资料来源 world oil gas news trends, http://wognews.net/chroniclc/2014/4/norway-oil-fund。以上网站访问日期均为 2014 年 11 月 20 日。

[3] [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。

确地说，在于为公民自主和自由发展提供物质保障，但这并不表明国家所有权已然超出了人们数百年形成的关于“所有权”的认识。否则的话，我们如何界定国家以何种身份出租国有土地使用权或出售其他国有资产（比如石油、煤炭、天然气等矿产）并获得收益的呢？另外，国家所有权与其他所有权之间的差异也不能过分夸大，公司从本质上来说也是为了其股东的利益而存在的，并不是为了自身的私利。既然公司所有权作为一种私法意义上的所有权能够被人们普遍接受，那么国家所有权不被承认的理由又有多么充足呢？

其二，那么应该如何解释“国家防御国家”这个悖论呢？笔者曾经指出，部分学者之所以会认为这是一个悖论，主要是因为其持有一种“整体主义的混沌国家观”所致。即认为作为自然资源（土地、矿产等）所有人的国家和作为管理者的国家是同一主体。[1]这个观点依然需要坚持，但需要结合凯尔森的理论进一步补充：（1）从法学而不是社会学的角度来看，国家的本质是一套法秩序，而不是一个社会有机体或者社会实体。国家确实是由各种各样的人和土地组成的，但它并不像自然有机体那样是一个看得见、摸得着的物体或主体；（2）基于上面的原因，国家作为归属主体只是整个法律秩序或者部分法律秩序的人格化。但这种人格化并非是实体化，国家只能通过其机关而行为。换句话说，只有在特定的人以法律规定的方式行为或不行为时，这些活动才可以归属于国家；（3）所以，国家的义务和权利就是国家机关的义务和权利，或者说，就是权利和义务归责于国家的那个主体（individuals）的权利和义务；（4）作为权利和义务的主体，国家（由归责于国家的主体代表）和其他主体一样，都从属于法律秩序，都是平等的。特别是在一个拥有民法典的国家，该法典所设立的规范同等地适用于私人与国家，他们都可以具有对物权和对人权，具有由“私法”所规定的任何权利和义务。[2]

如果我们能够接受凯尔森的理论，将代表国家行使主权的国家机关与代表国家行使财产所有权的国家机关分开设立，就像最近铁道部与中国铁路总公司分开设立那样，那么所谓的“国家防御国家”悖论就会被消解。因为国家虽然不能成为权利主体，但代表国家行使国有财产权的机构可以成为权利（比如财产权）主体，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，比如城乡规划局就可能在国土局建设办公大楼时对其进行行政处罚，如果国土对此处罚不服，则其可以通过行政诉讼乃至宪法诉讼来维护自己的财产权。当然，代表国家行使财产权的机构也可能会因为违背市场秩序，而受到代表国家行使公共管理职能的行政主体的处罚。比如，中石油与陕西省政府在 2000-2005 年围绕石油开采权的冲突，以及中石油与陕西榆林市水土保持总站在 2013-2014 年围绕 15.5 元水土流失补偿费所发生的法律纠纷就是典

[1] 前引程雪阳（2014）年文。

[2] Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1946, pp.189-195& 203.

型。[1]

（三）国家所有权在宪法与其他法律上的异同

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，赵世义教授在 1999 年就曾撰文提出，人们所说的财产权的转让、分割、限制与剥夺，不是针对宪法上的财产权而是针对民法上的财产权而言的，宪法上的财产权是个人取得民事财产权的不可转让、不可剥夺的资格。[2]这种观点在进入新世纪以后被徐涤宇教授发展为“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；民法上的所有权则是以具体的物为中介的人和人的关系的表现,有明确、具体指向的权利客体。没有具体指向的物，我们无法想象所有权人进行怎样的全面支配和使用。”[3]

税兵教授进一步阐述了这种观点，认为基于自然资源国家所有权法系统呈现出来的公私法交错状态，提出国家所有权存在“宪法所有权—民法所有权”的“双阶法律构造”，其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。即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。[4]

笔者认为，这种观点最大的问题是，混淆了**宪法上所规定的“国家所有权”的性质与宪法“关于国家所有权规定”的规范性质**之间的差异。前者强调的是“国家所有”这一术语本身的性质，表现在我国现行宪法上即为第 9 条第 1 款和第 10 条第 1、2 款所确认的“国家所有权”；后者则强调的是我国现行宪法上第 9 条第 1 款和第 10 条第 1、2 款的规范性质。在之前的研究中，笔者业已指出，现行宪法第 9 条第 1 款和第 10 条第 1、2 款的规范性质，都是授权性规范或者是授权性规范的组成部分，他们都赋予

[1] 事实上，四川、新疆以及黑龙江大庆地区也存在类似的冲突。相关事件报道参见《第四大石油公司隐情：陕西省政府与中石油交锋》,《南方周末》2005 年 9 月 29 日;《中石油陕西环保费之争背后:央企对地方税收贡献有限》,《企业观察报》2014 年 2 月 18 日。另外，珠海格力电器股份有限公司董事长董明珠对于国资委在涉及利益时“手伸的很长”的含蓄批评也可以说明，代表国家具体行使国家所有权的主体的权利是可能会受到代表国家行使公共管理职能的主体侵犯的。参见《董明珠吐槽国资委：有利益它就伸手 只能跟他斗》，载网易财经 http://money.163.com/api/14/0910/13/A5PJRJO50025541O.html （最后访问日期为 2014 年 11 月 20 日 ）。李忠夏教授在其《宪法上的“国家所有权”：一场美丽的误会》（未刊稿）一文中批评说“不同国家机构之间的纠葛，不应从‘基本权利’的角度，而应从‘超越权限’的角度加以分析。”我理解他的意思应该是说，围绕国有财产权的争议应当通过政府内部协调机制来处理，不应当纳入司法审查，或者即便纳入司法审查，也应当适用“权限争议”程序而不是“基本权利”保护程序来解决纠纷。笔者同意此类纠纷可以先进行行政机关内部协调，但如果协调不成功，则应当允许当事双方诉诸法院。不过，在诉讼中，法院应当依照“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，而是一方作为行政管理机关，另一方作为行政相对人的纠纷。当然，如果这类纠纷能用行政诉讼解决的话，那就不用上升到宪法层面。但如果行政诉讼解决不了，则可以适用宪法（在这里主要是宪法上的财产权）加以解决。

[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。

[3] 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。

[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。

了国家作为且仅仅作为私法主体获得民法所有权的资格。[1]但是一旦国家通过法律具体化、国有化、征收、购买或者其他方式获得了所有权后，这种国家所有权就属于民法意义上的所有权，而不是一种资格或者可能性。请允许我重复一遍，是宪法第 9 条第 1 款和第 10 条第 1、2 款的规定本身，而不是第 9 条第 1 款和第 10 条第 1、2 款所规定的国家所有权，赋予了国家取得相关自然资源国家所有权的资格和可能。也就是说，土地、矿产等自然资源国家所有权本身的外观和权能，不属于立法形成的范围，因为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以后，这种所有权的性质已经确定了下来。

这即是说，现行宪法所确认和规定的土地、矿产等自然资源的国家所有权，属于民法应该予以具体化的所有权，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是两个不同的术语。因为这种解释方案不仅会产生理论和观念上的混乱，而且会混淆国家作为主权者和作为财产所有权者之间的界限，并将国家所有权变成了一个毫无意义的概念——因为即使宪法没有确认国家对矿产、水流、森林、野生动物的所有权，其基于主权者的身份也拥有管理领土范围内土地、矿产、水流等自然资源的权力。

当然，这并不是说要否定国家所有权的特殊性。诚如上文已经指出地那样，宪法第 9 条第 1 款和第 10 条第 1、2 款所确认的自然资源国家所有权，虽然是一种私法上的所有权，但其功能是极为特别的，即要“为公民实现自主和维护自由提供物质保障”，而不是满足作为所有权人的“国家”的私利。因此该项权利不仅要在民法以及其他法律上予以规范，而且要在宪法上进行规范。

之所以要在宪法上对国家所有权予以规范，一方面是为了确保了代表国家行使国有财产所有权的主体在受到公权力侵犯时，可以拥有排除公权力侵犯的请求权基础；另一方面则是宣示国家所有权的功能与一般的所有权并不完全相同，其还负有一些特殊的义务，比如只能为公共利益而行使，必须将受益用于增进与全民福祉有关的事业

[1] 上文提到，在 2014 年的文章中，笔者曾经提出，宪法第 9 条第 1 款单独构成了一个完整的授权性规范，宪法第 10 条第 1、2、3 款则共同构成了一个完整的授权性规范，现在看来，这个结论需要进一步修正。准确的表述应当是，（1）宪法第 9 条第 1 款和第 10 条第 1、2 款都是“财产权授予条款”，它们授予国家或集体获得土地、矿产等自然资源所有权的资格；（2）宪法第 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”的规定则是“管制权授予条款”，它们赋予国家对自然资源产权的行使进行行政管制，甚至进行征收。巩固教授最近批评说，“从权利与权力的区别来看，宪法第 9 条也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，”理由之一是“如果认为该条是基本权利条款，也会出现同一宪法文本中的国家，既是公权者又是私权人、既是公权力的享有和行使者又是公权力的对象和对抗者、既优于私人又与之平等的身份双重性，不仅矛盾，而且如何识别？”（参见前引巩固 2015 文）这种观点不宜支持，因为如果我们能够了解到这里“国家”是由不同的国家机构或者组织来承担的，那就不会产生这种凌乱的认识。

等等。[1]之所以要在民法或者其他法律上进行规范，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性的，需要通过法律来具体化和具体落实。不过，需要注意，宪法所规定的国家所有权，不仅要通过民法来将加以具体化，还需要通过其他非民事法律来落实。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（如果未来制定出来的话）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；通过预算法对国家所有权加以规范，可以确保国有财产及其收益可以公开透明地纳入到国家财政预算当中，并可以通过预算法将相关收益专项拨付给有助于“促进公民实现自主和维护自由”的公益项目。

这即是说，虽然“所有权”这个术语和概念是发端于民法的，但是当其与“国家”联系在一起，作为一种新的所有权类型出现并被规定到宪法中后，这个术语所拥有的外观和权能并没有发生变化，但其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界定的话，国家所有权确实如同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”，[2]但如果对现代宪法与民法关系有足够的认识，接受民法以及其他部门法律有将宪法“具体化”（或者说通过法律落实和发展宪法）的义务，那么我们就应该看到，在“所有权家族”中，其一，确实并非所有的所有权类型都被民法和民法理论所接受，比如知识产权、企业所有权、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；其二，不被民法和民法理论所接受的所有权并不必然要排斥到“所有权家族”之外。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给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

[1] 王旭教授认为，以宪法第 9 条为规范中心，运用宪法解释学的方法，可以建构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”，第 2 款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”。而所谓“基于规制的所有”有两方面的含义，其一，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；其二，在规制市场和社会的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。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。如果“通过所有来规制”指的是“国家所有权”来进行规制的话，笔者是赞同这种理论的，因为其关于“基于规制的所有”阐发的第一个方面其实就是对所有权“独占性和排他性”的描述，第二个方面则是对国家所有权功能特殊性的界定。

[2] 前引李昌庚（2011）文。

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“一切给权利人可以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、矿产等自然资源所有权，而且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，其所有权的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于这些财产显然拥有的也是所有权。不过，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来建立专门的国家所有权理论框架和法律制度。

也正是在这个意义上，笔者虽然同意张翔教授关于“宪法在‘国家所有’问题上赋予了立法者以‘形成自由’”的论断，也同意林来梵教授关于“现行宪法中规定的国家所有是一项‘制度性保障的基本权利’”的界定。但同时希望指出，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”，不能像前苏联那样不但改变民法的一般规则赋予国家所有权以特殊的法律地位，而且任由“国家凭借主权而规定国家作为所有人所享有的权能，从而使国家所有权的内容具有‘无限的’、‘无所不包’的特点。”[2]

这即是说，虽然不同的法律会强调国家所有权的不同面向（比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“所有权”的基本要求（比如，赋予国家所有权比其他所有权更优越的法律地位，或者允许国家所有权不遵从民事交易的一般规则），也不能违背“全民所有”对于国家所有权所设定的特定义务（比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”的限制也正是“制度性保障”理论所追求的核心目标。[3]

[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 518-519 页。J•F•鲍尔和 R•施蒂尔纳藉此评论说，德国基本法第 14 条关于所有权的规定“旨在给遭受国家规范权力制约的公民，提供对其法律地位的保护。但与此同时，国家依据该条规定，也获得对所有权内容及其限制通过立法予以规范的权限。”（同上，第 516 页）笔者同意这种见解。虽然有德国学者（比如 Fritz Baur 教授）对于联邦宪法法院的这项判决意见表示反对，但他反对的理由是，该判决可能会导致拥有普通法律立法权的立法者弱化受宪法保护的所有权的地位，进而逐步瓦解所有权的内容及所有权人应当享有的权能。（同上，第 519 页）。笔者认为，这种担忧应该是有道理的，但解决问题的方式应该是通过制度性保障理论来解决，而不是否定普通立法者对于宪法所有权的具体化。

[2] [苏] 格里巴诺夫：《苏联民法》上册，法律出版社 1986 年版，第 307 页。

[3] 比如，在谈到所有权的“制度性保障”时，德国联邦宪法法院就特别强调“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”。参见前引[德] J•F•鲍尔，R•施蒂尔纳书，第 520-521 页。

目前一些学界同仁之所以反对将国家所有解释为民法意义上的“国家所有权”，根源在于他们对行使国家所有权的主体在实践中不遵守公平的市场秩序且没有将相关收益用于全民福利不满。应当说，这些问题在现实中确实大量存在。比如，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。”[1]但解决这些问题的方案应当是打破国家所有权对于土地、矿产等自然资源经营管理的行政垄断，按照“让市场在资源配置中起决定性作用”的要求，确保国家所有权行使主体遵守平等、自由的市场规则，并通过体制和机制的完善确保相关国有资产收益和征收税款用于公共物品和公共服务的支出，而不是否定国家所有权是一种可以参与市场经济和民事交易的所有权。

四、通过立法形成来具体化国家所有权

确定国家所有权的性质、含义和功能是极为重要的，但是对于国家所有权的立法形成或者说国家所有权制度的法治化来说，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，而且还可能会成为侵害公民权利，扰乱市场秩序的源头之一。

（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，但是具体的土地、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，依然需要借助法律的具体化来加以立法形成——这正是宪法第 9 条第 1 款和第 10 条第 1 款是授权型条款的基本含义。[2]

[1] 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）。另据媒体报道，从 2014 年 8 月中旬开始，国家审计署针对土地出让金收支、土地征收、储备、供应等领域掀起全国性的土地财政大审计，高达 15 万亿元的土地出让金将成为严格审查对象。《审计署严审 15 万亿土地出让金》、《土地大审计收官 15 万亿土地出让金去处或将摸清》《华夏时报》2014 年 8 月 24 日，11 月 8 日。

[2] 巩固在其 2015 年的文章中提出，宪法第 9 条关于“……等自然资源，都属于国家所有，即全民所有”的规定的含义是“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，这显然超出了传统物权客体所能涵盖的范围。而从公权角度来看，作为国家权力的管理对象，这些都不是问题，而且以笼统语言进行概括宣示，正是权力条款的特点。”笔者自然是不会同意这种解释方案的。但依照笔者的见解，围绕现行宪法上“国家所有权”这个术语解释所产生的争论，有很大一部分原因是对如何理解宪法第 9 条第 1 款和第 10 条第 1 款的规范性质引起的。事实上，正是因为巩固将第 9 条第 1 款理解为强制性条款，所以才引出

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“一切给权利人可以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、矿产等自然资源所有权，而且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，其所有权的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于这些财产显然拥有的也是所有权。不过，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来建立专门的国家所有权理论框架和法律制度。

也正是在这个意义上，笔者虽然同意张翔教授关于“宪法在‘国家所有’问题上赋予了立法者以‘形成自由’”的论断，也同意林来梵教授关于“现行宪法中规定的国家所有是一项‘制度性保障的基本权利’”的界定。但同时希望指出，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”，不能像前苏联那样不但改变民法的一般规则赋予国家所有权以特殊的法律地位，而且任由“国家凭借主权而规定国家作为所有人所享有的权能，从而使国家所有权的内容具有‘无限的’、‘无所不包’的特点。”[2]

这即是说，虽然不同的法律会强调国家所有权的不同面向（比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“所有权”的基本要求（比如，赋予国家所有权比其他所有权更优越的法律地位，或者允许国家所有权不遵从民事交易的一般规则），也不能违背“全民所有”对于国家所有权所设定的特定义务（比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”的限制也正是“制度性保障”理论所追求的核心目标。[3]

[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 518-519 页。J•F•鲍尔和 R•施蒂尔纳藉此评论说，德国基本法第 14 条关于所有权的规定“旨在给遭受国家规范权力制约的公民，提供对其法律地位的保护。但与此同时，国家依据该条规定，也获得对所有权内容及其限制通过立法予以规范的权限。”（同上，第 516 页）笔者同意这种见解。虽然有德国学者（比如 Fritz Baur 教授）对于联邦宪法法院的这项判决意见表示反对，但他反对的理由是，该判决可能会导致拥有普通法律立法权的立法者弱化受宪法保护的所有权的地位，进而逐步瓦解所有权的内容及所有权人应当享有的权能。（同上，第 519 页）。笔者认为，这种担忧应该是有道理的，但解决问题的方式应该是通过制度性保障理论来解决，而不是否定普通立法者对于宪法所有权的具体化。

[2] [苏] 格里巴诺夫：《苏联民法》上册，法律出版社 1986 年版，第 307 页。

[3] 比如，在谈到所有权的“制度性保障”时，德国联邦宪法法院就特别强调“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”。参见前引[德] J•F•鲍尔，R•施蒂尔纳书，第 520-521 页。

目前一些学界同仁之所以反对将国家所有解释为民法意义上的“国家所有权”，根源在于他们对行使国家所有权的主体在实践中不遵守公平的市场秩序且没有将相关收益用于全民福利不满。应当说，这些问题在现实中确实大量存在。比如，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。”[1]但解决这些问题的方案应当是打破国家所有权对于土地、矿产等自然资源经营管理的行政垄断，按照“让市场在资源配置中起决定性作用”的要求，确保国家所有权行使主体遵守平等、自由的市场规则，并通过体制和机制的完善确保相关国有资产收益和征收税款用于公共物品和公共服务的支出，而不是否定国家所有权是一种可以参与市场经济和民事交易的所有权。

四、通过立法形成来具体化国家所有权

确定国家所有权的性质、含义和功能是极为重要的，但是对于国家所有权的立法形成或者说国家所有权制度的法治化来说，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，而且还可能会成为侵害公民权利，扰乱市场秩序的源头之一。

（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，但是具体的土地、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，依然需要借助法律的具体化来加以立法形成——这正是宪法第 9 条第 1 款和第 10 条第 1 款是授权型条款的基本含义。[2]

[1] 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）。另据媒体报道，从 2014 年 8 月中旬开始，国家审计署针对土地出让金收支、土地征收、储备、供应等领域掀起全国性的土地财政大审计，高达 15 万亿元的土地出让金将成为严格审查对象。《审计署严审 15 万亿土地出让金》、《土地大审计收官 15 万亿土地出让金去处或将摸清》《华夏时报》2014 年 8 月 24 日，11 月 8 日。

[2] 巩固在其 2015 年的文章中提出，宪法第 9 条关于“……等自然资源，都属于国家所有，即全民所有”的规定的含义是“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，这显然超出了传统物权客体所能涵盖的范围。而从公权角度来看，作为国家权力的管理对象，这些都不是问题，而且以笼统语言进行概括宣示，正是权力条款的特点。”笔者自然是不会同意这种解释方案的。但依照笔者的见解，围绕现行宪法上“国家所有权”这个术语解释所产生的争论，有很大一部分原因是对如何理解宪法第 9 条第 1 款和第 10 条第 1 款的规范性质引起的。事实上，正是因为巩固将第 9 条第 1 款理解为强制性条款，所以才引出

具体来其说，立法形成主要包括四个方面：（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）除了城市土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂以外，哪些自然资源还可以属于国家所有；（3）在具体的土地、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；（4）如果国家将某种自然资源具体化为国家所有，那么必须将该项国有自然资源纳入到不动产统一登记制度中进行登记，并加以公示，否则的话，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所有的财产。也正是基于这种原因，我国现行《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”必须予以修改——执政党也已认识到了这一问题，所以十八届三中全会号召“对水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然生态空间进行统一确权登记，形成归属清晰、权责明确、监管有效的自然资源资产产权制度。”

当然，立法者在对宪法上的国家所有权进行具体化时，除了上文提到的制度性保障理论以外，其还应当遵守一些基本的原则，而不能对国家所有权的范围和种类随意进行具体化。比如，立法者应当抱有审慎的态度，要尊重基本的自然规律和基本的立法原则。可以想象，如果立法者通过法律将黄河、长江宣布为国家所有，国家固然可以获得因此基于所有权人地位而产生的收益，但也要承担因为这种所有权而产生的各种法律义务，比如河水改道或者决口给公民、法人或者其他组织造成侵权，那么国家就不能仅仅履行公法上的救助义务，而且必须履行民法上的侵权赔偿责任。遗憾的是，我们的立法者似乎并没有意识到这一问题，他们已经将黄河、长江、洞庭湖具体化为国家所有了。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。

再比如，如果立法者宣布领土范围的所有野生动物都属于国家所有，那么其就要设立相应的机构保障迁徙动物在走出国境之后必须返回国内，否则就面临放任国有资产流失进而违宪的风险。另外，如果任何一种野生动物对公民、法人或者其他组织的人身和财产造成损害（比如野生大象、猴子毁坏村庄，野生老虎伤人），国家也都应该承担侵权赔偿责任。在这个问题，我们的立法者似乎已经有所察觉。在《物权法》的制定过程中，关于自然资源所有权和宪法第 9 条第 1 款的立法形成，《物权法》草案修改稿第四十九条曾规定：“野生动植物资源属于国家所有。”有的代表提出，野生

他关于“国有公物”和“国有私物”的分类。而由于笔者认为第 9 条第 1 款属于授权性条款，在法律没有将具体的自然资源界定为国家所有之前，这些自然资源属于没有进入财产法秩序的“社会共有物”或“人类共有物”。“社会共有物”与“国有公物”之间的区别在于，前者在进入国家的领土范围内可以受国家管理，但其却没有进入财产法秩序，因此属于全体人民乃至全世界人民的共同财产。毫无疑问，对于跨国性的自然资源（水流、珍稀动物、风、光）来说，“社会共有物”这个概念比“国有公物”更具有解释力和可接受性。

植物资源的范围不清楚，能否规定一切野生植物资源都归国家所有，值得研究。法律委员会研究认为，依照宪法规定，森林、草原属于国家所有，法律规定属于集体所有的森林、草原除外。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。据此，建议将这一条修改为：“法律规定属于国家所有的野生动植物资源，属于国家所有。”[1]

如果用上述结论来分析最近频发的乌木所有权争议以及黑龙江的“风能和太阳能国有化”争议事件，我们可以看到：（1）如果“乌木”、“光能”和“太阳能”没有被立法者通过法律明确具体化为“自然资源”，那么其就不属于国家所有，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（比如页岩气）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，这里的“等”属于“等外等”——人们不应对此感到惊讶，因为什么是自然资源，什么不是自然资源，往往随着时代和技术的变化而变化。在古代，石油、天然气、无线电频道就基本上不算自然资源，但随着工业时代的来临，它们都变成了进入财产法秩序的自然资源；（3）但是上述三种自然资源要进入财产法秩序并规定为国家所有的财产，需要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）全国人大或其常委会在决意将“光能”、“太阳能”和“乌木”通过立法具体化为国家所有时，除了要符合立法法的一般原则和规定以外，而且要遵循审慎的美德，要尊重自然规律，并明确规定该项国家所有权要遵循民法的一般原则和规则（比如国家所有之物致人损害要给予民事赔偿）。

（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”如何界定呢，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呢？我国现行宪法对此是沉默的。1996 年矿产资源法修改后，我国的法律上首次出现了“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、草原法的修改过程中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国有土地、国有草原、海域的所有权似乎成了一个立法通例。[2]对此，立法者强调，主要是为了明确地方各级人民政府不是

[1] 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）。

[2] 《矿产资源法》（八届全国人大常委会第二十一次会议于 1996 年 8 月 29 日修订通过）第 3 条；《土地管理法》（九届全国人大常委会第四次会议于 1998 年 8 月 29 日修订通过）第 2 条；《水法》（九届全国人大常委会第二十九次会议于 2002 年 8 月 29 日修订通过）第 3 条；《草原法》（九届全国人大常委会第三十一次会议于 2002 年 12 月 28 日修订通过）第 9 条；《海域使用管理法》（九届全国人大常委会第二十四次会议于 2001 年 10 月 27 日通过）第 3 条。1985 年草原法，1986 年土地管理法和矿产资源法以及 1988 年的水法，都没有关于国务院行使国家所有权的规定。

国有自然资源的所有权代表。[1]但徒法不能以自行。一方面中国极为辽阔的地域使得上述规定和要求似乎仅仅停留在宣示阶段。在实践中，地方政府在没有明确法律授权也没有得到国务院委托的情况下，依然直接代表国家在行使国有土地、矿产资源的所有权，而且还将绝大部分出售所得收益纳入地方收入。[2]另一方面，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，也没有将大部分国有资产收益缴纳给国家。[3]于是，国家所有权的行使和收益分配领域出现了“国家所有地方化”、“国家所有企业化”的怪现象。法律上承认的国家所有权所有者并不是国有财产的真正支配者和收益享有者，而真正的支配着和收益享有者却不被法律所承认。

如何来看待和解决国家所有权领域所存在的这种名实分离问题呢？抱怨和指责地方政府以及国有企业是没有意义的，也是不公平的，关键是要建立合理的国家所有权权利分配体系和制度框架，从而实现中央与地方，政府与企业之间的互利共赢。

为此，首先要打破“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”这种观念。诚如孙宪忠教授总结地那样，“国家所有权的统一性和唯一性学说”完全是苏联法学家为了给计划经济体制下的中央政府制定和实施经济计划而建构起来的理论，这种理论在市场经济条件已经完全不能也无法适应现实社会发展的需要，[4]比如我们完全不能想象统一国务院直接行使西北或者东南某个乡镇政府办公大楼所有权的情形。实际上在物权法的制定过程中，学界和立法者已经注意到了这个问题，所以 2007 年的物权法就突破了之前矿产资源法、土地管理法、水法、草原法等法律在具体化国家所有权时所形成的思维定势，其第 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。”

其次，要在明确全国人民代表大会代表全体公民享有国有自然资源所有权的基础

[1] 在全国人大常委会法工委 1998 年组织编著的地管理法释义中，立法者强调，之所以要增加“由国务院行使国家对国有土地的所有权”这一规定，主要是为了明确“地方各级人民政府不是国有土地所有权代表。无权擅自处置国有土地，只能依法根据国务院的授权处置国有土地。”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] 根据 1998 年修改的《土地管理法》第 55 条的规定“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。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%。可以参见财政部财政科学研究所许安拓、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）等研究成果。

[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%。参见天则经济研究所：《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] 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。如果我们认真对待孙宪忠教授的这项研究成果，就会发现，前苏联法学界在所有权领域创造出来的“法学怪物”是“统一、唯一和不可分割的国家所有权学说”，而不是“国家所有权”这一制度本身。

之上，运用“辅助性原则”、“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。[1]即，凡是能由地方代表国家行使所有权且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行使相关资源的国家所有权，比如对于国家具有经济、生态等战略意义的国家公园、金矿、跨省域的国有林场、草原、铁路沿线土地等等。如此一来，就要建立中央和不同层级的地方分别代表国家行使国家所有权的机制。[2]

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。即，应当将政府对自然资源的行政管理行为与政府对自然资源的经营管理行为分开，政府可以设立专门的国有自然资源经营管理公司（比如各级国有土地公司、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行使行政监管和维护市场秩序的职权。而这意味着，我们要在自然资源产权行使和行政管理领域继续推进 1990 年代开启的政企分开改革。

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（国税和地税）和留足一定的经营资本之外，还应当将剩余所有收益交

[1] “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根本原则，比如 2007 年的欧盟《里斯本条约》第 5 条第 4 款就规定“欧盟的各种组织应当遵守协议书关于辅助性原则和比例原则的规定。”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 37-62(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); Case C-212/03 Commission v France [2003] ECR I-04213.

[2] 本文关于国家所有权“享有权-代表权-执行权”权利体系的建构以及“公法上行政管理权与私法上经营管理权分离”的观点，最初成型于 2011 年的文章，经过与王克稳教授讨论后得以进一步完善。参见程雪阳：《宪法第 10 条与中国国有土地产权制度》，《中国土地科学》2011 年第 3 期。

纳政府专项公益基金，[1]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，但国家作为所有权人可以通过分享自然资源出让金和征收税款来为全国公民的“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（即各种企业）应当接受行使自然资源所有权代表权主体（即各级政府）的监管，而行使自然资源所有权代表权主体应当每年向同级人大汇报国有自然资源的保护、开发和收益情况。当然，这就要求我们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] 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，除了资源税以来，国家作为国有矿产所有权人对于矿产资源的开采也仅仅收取探矿权、采矿权使用费，矿区使用费等有限费用，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。相关研究参见张维宸：《资源税改革正当时》，《中国矿业报》2014 年 7 月 29 日。

城市土地“国家所有”的困惑与消解
——重新解读宪法第 10 条

张千帆*

一、引　　言

一般认为，1982 年宪法第 10 条在一夜之间宣布“城市的土地属于国家所有”，并建立了城市土地国有、农村土地“集体所有”的城乡二元体制。虽然在此前实施计划经济的三十年里，土地作为马克思主义经典话语下的“生产资料”被普遍假定为公有，因而这一突如其来的规定在当时并没有吸引多少注意，但是近年来却引发了广泛争议，并产生了土地公有制所特有的持久困惑。城市土地收归“国有”是否意味着城市居民失去对城市土地的使用权？政府在征收城市房屋过程中是否有义务补偿土地使用权的损失？在征地和拆迁冲突此起彼伏的今天，这些问题不仅涉及宪法解释的学理探讨，而且关乎中国社会的可持续发展与长治久安。即便中国宪法尚未通过诉讼而进入人们的现实生活，误读宪法第 10 条所产生的影响也绝不仅限于理论层次，而且早已体现于法律、政策乃至整个发展模式，并直接触动广大居民的基本生存。

本文的目的是通过比较不同国家的土地所有权结构，探讨土地“公有”或“国有”的意涵及其对解释中国宪法第 10 条的启示。文章首先比较了美国和加拿大公有土地的所有权及其与使用权之间的关系，并描述了联邦土地所有权和政府土地使用权与管理权的法律轮廓。通过加拿大土地的“国王所有”观念，文章进一步提出了“名义性”土地所有权的宪法概念，并以此来解释 1982 年宪法第 10 条的“国家所有”条款。文章通过结构、历史和目的等解释方法论证，城市土地的“国家所有”只能是一种名义性所有权，并不触动土地使用权的实质，因而宪法第 10 条并未剥夺私人或企事业单位原先对城市土地的实际占有权与使用权。

二、土地所有权的概念、性质与含义

1、财产、物权与所有权

* 北京大学法学院教授。

根据经典的自由主义理论，财产权是一种先于政府而存在的近乎“神圣不可侵犯”的权利。和霍布斯不同，洛克认为财产权是一种“前政治”产物，先于国家和政府存在而存在，因而无需依靠国家法律而获得其自身的正当性；恰好相反，对财产权的尊重与保障程度是衡量政府合法性的重要依据。[2] 1789 年法国《人与公民权利宣言》第 17 条更是宣布：“财产是不可剥夺的神圣权利。”然而，一旦离开政治宣言而回到法律操作层面，“财产权”的概念是相当复杂的，因而首先有必要厘清财产概念的层次与内涵。

作为人对物的一种排他性权利，财产权首先体现在财产归属的主体问题上。在西方法律文献和辞典中，“财产”(property)和“所有权”(ownership)往往是交换使用的同义词，因而这个意义上的所有权也必然内含占用、收益、处分等使用土地的权利。例如《拿破仑法典》第 544 条规定：“所有权是对于物有绝对无限制地使用、收益及处分的权利，法令所禁止的使用除外。”《德国民法典》第 903 条（所有权权能）也规定：“在不违反法律和第三人权利的前提下，物之所有人得随意处分其物，并排除他人干涉。”美国《布莱克法律辞典》则将“所有权”定义为“使用和享受财产的权利集合，包括向他人转让的权利”，“对物或（权利）主张的完全控制、名号(title)或经营(proprietary)权利”，“法律允许范围内的使用权和处分权的整体”，或“占有、享受和处分的排他性权利。”[3]

相比之下，中国借鉴日本法学用语，用“物权”指代人对财产的权利，“所有权”则是隶属于“物权”之下的一种权利。值得注意的是，《物权法》并没有将所有权和其它权利属性混为一谈，其第 2 条规定：“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。”如果我们将用益物权和担保物权等权利统称为“使用权”，那么《物权法》意义上的“所有权”显然是和使用权相区分的。当然，土地所有权也必然暗含着使用土地的权利，而《物权法》本身似乎也在不同地方运用了不同含义的“所有权”概念，例如第 39 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”。然而，第 2 条的一般定义至少表明“所有权”两种理解的可能性。

根据前一种理解，“所有权”的外延很大，不仅包括名义上的所有权，而且也包括全部使用权；根据后一种理解，“所有权”的范围极其有限，仅限于名义所有，而不包括实际使用权，尽管即便名义所有权也必然对使用权产生潜在影响。对于私人所有的土地或其它财产，所有权和使用权概念是简单统一的，因而第一种理解是完全适当的。但是如下所述，对于公共所有的土地，所有权和使用权的关系更加复杂，对所有权概念的界定也必须更为谨慎。以下通过比较美国和加拿大土地制度，进一步拓清公有土地所有权的法律结构。

2、“公地”究竟谁所有？美国模式

在一般人印象中，美国似乎是“土地私有化”的典型代表，其实相当比例的美国土地是政府所有的“公地”(public lands)。据统计，美国联邦政府拥有 6.5 亿英亩土地，约占全部国土的 30%，联邦政府绝对是美国的“头号地主”。[4] 绝大多数土地由渔业和野生动物服务局(FWS)、国家公园服务局(NPS)、森林服务局和土地管理局(BLM)等机构管理。其中土地管理局控制的土地最多（2.7 亿英亩），但多数都是位于西部和阿拉斯加的相对贫瘠的“荒山野岭”。事实上，联邦土地占了许多西部州领土的绝对多数，联邦拥有 82%的内华达州、68%的阿拉斯加州、64%的犹他州、63%的爱达荷州、61%的加州以及将近一半的的怀俄明州和俄勒冈州。[5] 这些联邦土地不仅由联邦政府全权管理，州政府不得插足，而且也因其联邦所有权而享受征税豁免权。在这个意义上，要说这些地区仍然是一个独立于联邦之外的“主权州”，确实有点讽刺。[6]

美国联邦之所以拥有这么多土地，是因为英国人“发现”美洲并定居后，美洲殖民地的全部土地所有权被认为归属英国国王，并在独立战争后归美国所有。当时美国七州拥有大批西部土地，引来其余六州抱怨“不公”，因而这些土地“为了合众国的利用和利益”被有条件转交邦联政府。在 1777 年制定《邦联条款》的时候，各州都签署了放弃西部土地的协议；邦联国会则通过决议，表达了这些土地将被用于“合众国的共同利益，并被定居和形成单独的共和州”的意愿。[7] 在建国初期，受洛克财产理论和杰弗逊“耕者有其田”理念的影响，联邦并不打算永久拥有和占用联邦土地，而是计划通过类似于无偿“划拨”的处置(disposition)方式送给西部定居者，支持贯穿 19 世纪的西部大开发。1862 年的《家园法》(Homestead Act)将联邦土地分为 160 英亩的地块，送给真诚愿意定居和开发土地的居民。虽然联邦原本是想通过出售土地获得收入，但是这一目的并未实现；大批无地居民蜂拥而入并在联邦土地上定居，而国会则顺势承认了其占用的合法性。[8] 由此可见，早期的联邦政策导向是将联邦土地作为对外开放的公共领域(public domain)。联邦土地与其说是联邦政府所有，不如说全体人民公有；只要符合法律规定的条件，就可以合法定居并将公地转化为自己的私有土地。[9]

事实上，即便对于未处置的联邦土地，定居者也可以自由使用。例如水是美国西部的稀缺资源。1877 年的《沙漠土地法》(Desert Land Act)宣布公地上所有未被划拨、不可用于航运的溪流仍可被免费“划拨或公共使用”。为了实现开发大西部的理想，1885 年的《禁止违法围地法》(Unlawful Enclosures Act)鼓励西部居民合法使用联邦土地，甚至禁止和联邦土地交织在一起的私人土地拥有者建造藩篱，如果由此会造成阻碍使用联邦土地的后果。

然而，如此慷慨宽松的联邦土地政策并没有维持多久。随着环境保护和林木业利益集团的兴起，保护森林和自然景观的民间呼声渐强，联邦土地政策也逐步从放任走

向管制。1872 年，黄石国家公园的建造标志着联邦政策的转折。为了保护森林，联邦土地政策从开放和鼓励定居变成保留和规制，禁止私人使用被划定为森林保护区的土地。[10] 1891 年的《森林储备法》(Forest Reserve Act)和 1897 年的《组织法》(Organic Act）授权联邦撤回先前的授权，并管制森林土地。1897 年，克利夫兰总统依据《森林储备法》(Forest Reserve Act)从公共领域撤回了 13 片森林，引起了西部州的一片抗议。尽管如此，直到 1934 年《泰勒放牧法》(Taylor Grazing Act)颁布之前，公地被认为是任何人可以免费放养的自由地。但此后，为了解决宽松政策导致的“公地悲剧”等问题，[11] 联邦不断加强公地规范和管理。最终，1976 年的《联邦土地政策管理法》(FLPMA)明确宣布：“公地应被保留为联邦所有，除非作为土地使用规划程序的结果，[有关部门确定]特定地块的弃置符合国家利益。”联邦政府直接负责联邦土地的管理，目的是维护它们的“自然状态”及其“科学、景观、生态、环境、空气和大气、水资源和考古价值的质量”。

由于联邦不断加强土地管制，许多西部州产生了敌对情绪，地方政府和居民抗争不断。有人认为联邦占有土地过量，尤其是有些联邦土地用途是商业经营性的，并不符合《土地政策管理法》的规定，因而要求这些土地私有化。[12] 有的农场主则认为他们有权在公地放牧，尤其是用水，主张联邦土地的开放政策实际上已经赋予他们长期使用土地的权利，但是这一主张很早就为法院所否定。虽然联邦法院承认早先的放任鼓励对于使用联邦土地的居民来说构成一种“暗含许可”(implied license)，但是联邦完全有权在任何时候收回许可。[13] 虽然联邦并没有收回授予州的水权，但是用水权并不包含放牧权，因而联邦有权终止免费开放的土地使用制度，并建立收费的许可审查制度。[14]

进入 1970 年代，某些相对激进的州组织了“山艾树反叛”(Sagebrush Rebellion)，拒绝承认联邦以国家森林和公园的名义占有土地的合宪性，主张这些土地实际上为州和地方所有。[15] 为了调和联邦与地方的冲突，美国法学界近年来复兴了“公共托管”(public trust)理论，主张公地等某些资源应属于“公有”，或至少是为了公共目的而受制于“公用”(easement)，[16] 但是这种弱化管制的倾向并没有为法院所接受。正如最高法院在 1911 年的先例中指出：“国家的所有公地都是为了整个国家的人民，但是如何管理托管实务却不是一件法院说了算的事情，而是由国会决定的事情。”[17] 换言之，一旦国会决定加强对联邦土地的管制，那么法院并不能以“公共托管”或任何其它理论阻碍联邦管制。国会对联邦土地的管理方式固然要考虑各州和地方政府的反应，但是这并不能改变联邦管理和使用联邦土地的广泛权限。

总的来说，美国公地的历史演变经历了初始收购(acquisition)、宽松处置、原封保留(retention)和强化管理(management)阶段。[18] 在此过程中，联邦土地所有权的属性

也发生变化。在处置阶段，联邦对土地的所有权更像是一种虚置不用、等待定居的临时性安排。但是在保留和管理阶段，联邦土地所有权逐步实质化；联邦政府直接控制和管理自己所有的土地，联邦土地也过渡为名副其实的政府所有的土地，直接由联邦成立专门机构经营和管理。今天，联邦土地所有权已不再是一个虚置的空壳，而是和私人土地所有权一样实实在在的“使用和享受财产的权利集合”。

当然，联邦政府并不能为了自己乃至政府官员而“使用和享受”联邦土地；联邦土地的经营管理必须是为了整个合众国人民的利益，而人民通过国会与总统的周期性选举保证关于联邦土地的决策符合自己的利益，政府获得的土地收益也通过预算和开支监督用于国计民生。在这个意义上，美国的“国有”（联邦）土地其实并不是“政府所有”，而是由政府代表人民为了公共利益而行使土地使用权与管理权，但人民毕竟只是背地里的收益者，而非直接的管理者。就和私人所有的土地由私人经营管理一样，联邦土地由联邦政府占有、使用、经营和管理——也就是“拥有”；在几乎所有表象层面上，政府都是公地的所有者，只不过民主选举制度迫使公地的使用和管理最终使人民受益而已。

3、“公地”究竟谁所有？加拿大模式

和美国相比，北部近邻加拿大的公地更是占了绝对统治地位。加拿大的公有土地也分为联邦和各省所有。据统计，加拿大 41%的土地为联邦所有，48%为各省所有；两者相加，高达 89%的土地是属于政府的“皇家土地”(Crown Land)，仅剩下 11%为私人所有。和美国不同的是，加拿大各省对土地的管理权比联邦重要得多。原因在于 1867 年的《英属北美法》(British North America Act)规定，公共控制的“皇家土地”及其资源如果没有为联邦政府保留，就在联邦建立之时下放给各省，各省负责对土地的利用、开发和维护制定法律和政策。[19] 绝大多数联邦土地属于为印第安人管理的加拿大属地，各省中属于联邦控制的土地只有 4%。各省则控制着近半加拿大土地，省属土地占卑诗省(British Columbia)和纽芬兰(Newfoundland)的 95%、阿尔伯塔省(Alberta)的 60%、新布伦瑞克省(New Brunswick)的 48%。[20]

尽管加拿大的联邦和各省对公有土地的管理权分配和美国恰好相反，两者的公地属性却大同小异——换言之，在实际效果上都是政府所有。虽然有人主张加拿大的所有公地都属于代表整个国家的（英国）“女王陛下”，国王对土地的所有权是不可分割的，[21] 因而联邦和各省控制的土地似乎“你中有我、我中有你”，但是联邦和各省的土地管理权限实际上界定得泾渭分明。联邦土地都和联邦履行的职责相关，包括印第安人保护区、国家公园、军事基地、机场、航运、铁路、电讯设施以及和刑法、国际贸易与濒临灭绝的物种相关的设施。各省政府则全权管理省属土地，其中最重要的用途包括农业、森林和渔业。例如 1973 年的卑诗省立法建立了“农地委员会”(Agricultural

Land Commission)，同时规定了严格的农地保护机制。[22] 加拿大法院长期承认，各省有权获得所有公地收入并行使经营权和控制权，除非土地依照枢密院的敕令被明确转移到联邦政府。[23]《英属北美法》第 109 条明确规定，所有土地、矿藏、矿物质及其收益归各省所有。这一条一般被解释为皇家土地的经营权属于各省，而非联邦。例如《宪法法》第 91 条第 12 款授权联邦政府“海岸和内陆渔业”，但是早在 1898 年的“渔业案”，加拿大最高法院就判决这一条并不授权联邦政府通过租赁处置皇家土地的捕鱼。[24]

然而，“国王”的虚位存在仍然产生了一定的实际影响。加拿大和美国最根本的区别即在于没有通过暴力革命和英国彻底断裂，因而独立之后仍然和母国保持着千丝万缕的联系，其中之一就是土地所有权。1066 年，征服者威廉在英伦半岛建立“一统封地”，英国可以说是“普天之下，莫非王土”；国王是全部土地的封主，任何其他人或组织都是直接或间接的封臣，封臣通过分封获得对土地的使用权。随着殖民地的扩张，英国土地制度也被带到北美。根据 1763 年的《巴黎条约》，英国从法国购买了加拿大东部的土地。从那时起，所有土地在理论上都属于英国国王，加拿大的逐步独立并未改变这一事实。事实上，几乎所有独立后的“英联邦”成员都是如此。例如澳大利亚政府可以通过两种方式获得(acquisition)土地：和私人土地所有者达成协议，或在所有者不同意的情况下强制征收，而强制征收有时也被称为“收回”(resumption)，也就是代表国家的“国王”可以为了某种目的“收回”先前授予出去的部分土地。[25]

在这个意义上，不仅公地是“皇家”所有，即便是私人所有的土地也不是绝对所有权。在理论上，私人土地并非“私有”，而至多只有永久使用权，每个使用者都是“女王陛下”的“佃户”。既然没有严格意义上的所有权，土地使用权或继承权在某些情况下受到一定的限制，譬如政府在批准土地的时候往往保留对矿藏的权利；如果一个人去世时没有订立遗嘱，也没有法定继承人，那么他所拥有的土地将回归“国王”，变成所在省管理的公地。当然，除此之外，私人对土地的使用权几乎是绝对的，和美国法上的所有权并没有本质区别；在一般情况下，无论私有还是公有土地都感觉不到“国王”的存在，土地使用者或管理者貌似一个地地道道的所有者。

加拿大土地所有制对中国的独特启示在于，所有权本身的属性往往是次要的，更重要的是土地的实际占有权、使用权和管理权。[26] 在加拿大，“国王”在名义上是全部土地的终极所有者，无论政府还是私人都是“女王陛下”的“佃户”，但是在绝大多数情况下，“国王”只是一个躲在幕后的“背景”而已，其名义所有权并不影响私人或政府对土地的实际占有、使用或管理。尤其是政府不能因为私人在理论上并非土地的所有者，就可以随意处置私有占有和使用的土地。事实上，虽然加拿大在宪法上并没有规定征收私人财产须给予公正补偿，加拿大的征收法律和程序和美国或任何发达国家别

无二致。[27] 征收程序如此严格、征收成本如此高昂，以至征收行为在这个幅员如此辽阔的国家极少发生。[28]

4、“土地公有制”的宪法意涵

由此可见，土地制度比通常理解的“私有制”和“公有制”更加复杂，土地所有权至少可以分为三种类型：私人所有、政府所有和“国家”（或“国王”）所有。虽然政府所有和国家所有都属于土地“公有制”，政府对土地行使的所有权、使用权和管理权也必须是为了全民的公共利益，但是两者之间还是存在重要区别。对于政府所有的土地，无论政府在名义上是否拥有土地，政府实际上履行着占有、使用并管理土地的职能。在这种情况下，土地所有权和使用权等实际权力融为一体。因此，政府所有的土地属于实质性的公有制。然而，对于“国家”所有的土地，政府则未必行使实际管理权。加拿大等英联邦国家的经验表明，所有权和使用权或管理权是可以相分离的；即便对于私人土地，其所有权也可以在名义上属于“国王”（国家）。在这种情况下，所有权即和使用权、管理权等实际权力（利）脱钩，成为一种名义性权力。当然，在某些情况下，“名义”所有权仍然可能产生实质效果，但是一般并不影响土地的日常使用或管理方式。

和私人或政府所有权不同的是，“国家”概念的性质决定了土地的“国家所有”只能限于名义上的所有权。事实上，土地公有或国家所有表达的理念本身是相当自然与合理的：作为一种不可再生的稀缺资源，土地不应该为任何私人独享，而应该为全体人民造福。俗话说，大地是“万物之母”，也是迄今生成地球上绝大多数财富的基础。虽然自由主义契约论者洛克认为，劳动不仅赋予劳动者对产品的财产权，而且也赋予其对土地的财产权，[29] 但是在他自己的国家，这种财产其实只是永久使用权，而不是严格意义上的所有权，因为土地在名义上属于国王所有。和可以通过劳动获得的一般财产不同，虽然土地的价值可以因为劳动而得到提高，土地本身并不是也不可能通过劳动获得，因而使用土地的权利以及使用过程中产生的收益可以归属私人，但是为了全民的公共利益，土地本身可以为“国家”所有。

然而，问题恰恰在于，“国家”究竟是谁？现代意义的“国家”显然不等于“国王”，更不等于政府，而是指特定主权范围内的人民，至少是符合宪法或法律规定条件的公民，因而“国家所有”即全体人民所有。例如中国 1982 年宪法第 9 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”；《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。”这里的“全民”可以采取两种理解，但是两者都只能支持名义所有权：如果这里的“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，那么“全民”或“国家”本身就是一种名义性的虚构，因而显然只能支持名义性所有权；如果“全民”不是

一个抽象概念，而是一个由具体公民构成的集体，那么它在现代国家往往是一个数以千万乃至亿计的庞大集体。由于如此庞大的公民群体不可能对任何特定土地直接行使有效的使用权或管理权，“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；否则，假如一般意义上的“人民”有权直接使用或管理土地，必然产生一系列不良后果。

首先，全民参与土地管理的成本显然极其高昂。如果整个国家的人民都有权利和义务对某一特定地块的用途表态，这样的管理模式不仅成本显然很高，而且也因为缺乏信息而不可能实现——远在千里之外的广州居民怎么可能了解哈尔滨的某一块地应该修地铁还是建住宅？北京居民又何以确定上海的世博会建在哪里？即便是让同一座城市的居民来决定本市每一块土地的用途，也是成本极高和极不明智的。既然“人民”不具备确定土地用途的有效信息和机制，强求人民的集体决策只能造成土地用途配置不合理、土地所有人和实际使用人角色错位、剥夺土地使用人的合理利用机会等恶果。事实上，普通人对于和自己没有直接利害关系的绝大多数土地使用并不感兴趣，因而也不是土地用途与管理的适当决策者。

其次，既然一般意义上的“人民”不可能直接使用或管理特定土地，实际状况往往是“近水楼台先得月”，土地主要由实际占据的人使用，土地的全民或国家所有也就成为一句空话；土地实际上为私人所有，只不过这种所有制不受国家法律的承认。事实上，和土地国有制相比，土地的私有产权不仅有助于激发土地所有人的开发积极性，更能保证土地得到有效与合理利用，而且土地使用和管理成本也更低。根据德姆塞兹的交易成本理论，将土地分块并赋予私人所有权是交易成本较低的一种做法。[30] 在这种情况下，所有权人只需要保证没有外人侵占土地，而这个成本要比监督那些有权进入并利用土地的主体之行为更低。[31] 在土地公有制国家，如果全民或国家所有权只是维持在模糊笼统的名义层面，那么私人仍然可以在法律上维持相对确定明晰的使用权；反之，国家所有权的实质化不仅不能真正实现土地的全民所有，反而只能加剧使用权和收益权的不确定性以及土地权利冲突。

最后，如果土地的国家所有权不仅是名义性的，而且也包含使用权、收益权等其它实质性权益，而实际上却无法有效落实土地的全民所有，进而造成土地使用对一般公众免费开放的事实，那么必然会产生普遍的“公地悲剧”。[32] 这一点早已是公共选择理论的常识，在此无需赘述。事实上，美国之所以收紧了早先宽松开放的土地利用政策，部分原因正是这种政策虽然为西部居民的放牧等活动提供了诸多便利，但是也确实加剧了私人对公共资源的过度滥用。[33] 因此，土地国有制看起来是为了全体公民的公共利益，但是国家所有权实体化的结果适得其反，反而让所有人都生活在土地资源过度利用、土地价值不断下降的贫困之中。

当然，为了防止“公地悲剧”等社会后果，人民可以委托政府代表他们管理国有土地。在历史上，美国联邦所有的土地曾经历从名义所有权向实质所有权的转变，但这种转变更多是联邦政府早期对其所有的土地放弃行使实质管理权的结果；联邦对土地的所有权本来就包括排他性的使用权和管理权，完全可以排除私人的进入和占用。相反，名义性的国家或全民所有权则并不授予政府实质性地管理、使用和处置土地的权力；否则，宪法规定属于人民的土地财产就蜕变为政府所有，政府实际上成为全部国有土地的“主人”，并将对所谓“国有土地”上的一切活动乃至基本生存产生严重影响。尤其是如果人民本来就对自己的土地一直享有使用权，那么政府显然不能以“国有”的名义限制、干涉乃至剥夺人民的土地使用权。固然，作为全体人民的代表，政府有权管理所有土地的用途，但是这种“管理”仅限于整体规划和用途控制，而不包括直接使用、处置和运营的权力，除非政府通过征收将人民的土地使用权归为自己，从而使名义性的“国家所有”变成实质性的政府所有。

综上所述，要厘清土地“公有制”的性质，必须确定政府的土地管理权限的边界。某些公地确实为政府所有，由政府全权规划与管理；某些土地的“国家所有”则只是名义上的，实际使用权归属私人或企事业单位等特定主体。加拿大和美国的经验显示，所有权的名义并不重要；即便私人永久使用、受益和转让的土地仍然可以在名义上属于“国王”或“国家”所有，名义所有权对于实际使用权的影响极其有限。这一论断并不限于特定政治制度和文化背景的国家，而是普遍适用于所有的“国家”或“全民”所有制。这些公有土地究竟为谁所有，取决于特定国家的土地使用格局及其发展历史。

三、1982 年发生了什么？诠释现行宪法的土地所有制

在此基础上，让我们来探讨中国 1982 年宪法规定的土地公有制的真意。众所周知，宪法第 10 条明确规定：“城市的土地属于国家所有。”如何理解这一条中的“国家所有”的性质？这个问题的答案对于界定城市土地的政府管理权和公民使用权至关重要，而在解释宪法第 10 条之前，首先有必要说明宪法解释的一般原则与方法。

1、宪法解释方法

一般认为，宪法解释主要有四种方法：文字、结构、历史和目的。[34] 由于宪法规定通常简略而宽泛，宪法文字一般只能作为宪法解释的起点。例如中国宪法第 10 条并没有明确定义“国家所有”，因而这四个字的确切意涵并不清楚。要理解“国家所有”的性质，就有必要借助其它通行的解释原则与方法。笔者认为，中国宪法的解释尤其需要重视以下几条原则。

第一，宪法有关条款的解释应参照该条款在制定或修订当时的历史背景。根据当时的制宪背景，宪法解释应尽量符合制宪者或修宪者的“原意”(original intent)，尤其

要避免采用不符合当时社会实际或根据当时情形判断不可能为社会多数所接受的解释。虽然“原旨主义”(originalism)作为一种宪法解释方法颇有争议，[35] 但是如果有关条文在通过时确实经过讨论并存在可靠的历史记录，制宪者原意和制宪背景仍然是宪法解释的重要参考。

第二，宪法解释还应“与时俱进”，尽量和社会不断发展进化的宪法意识接轨。虽然原意学派坚持认为，修改过时的宪法规定是立法者（制宪者或修宪者）而非解释者的任务，但不可否认的是，由于宪法修改程序复杂等原因，各国宪法都或多或少存在条文滞后于现实的现象。在立法者滞后的情况下，解释者就有义务对旧的宪法机体注入新的血液，让宪法条文在日新月异的变革社会中不断获得新的生命。在这个意义上，宪法确实是一部不断自我更新生长的“活法”。[36]

第三，对中国尤其重要的是，以上两条解释原则要求适当处理宪法内部的结构张力。改革三十年来，中国在经济、社会、法治等各个领域发生了巨大变化，人民的宪法与法律意识也得到极大提高。在 1982 年制宪时，法治、人权、私有财产等概念颇受争议，今天则早已成为中国社会的道德共识。与此相对应，依法行政、法治国家、私人财产、征收补偿等概念相继入宪，宪法修正案体现了公民宪法意识的新发展，但是原来在不同环境下制定的宪法条文并没有改动，从而不可避免地与后来加入的修正案产生结构性张力。由于宪法应该是一部和谐统一的基本法律规范，宪法解释应尽量化解宪法条文之间的潜在冲突，用新的原则和理念去重新理解与诠释旧的条文，进而创造一个不断更新进化的和谐统一的宪法价值秩序。

最后，宪法解释应以人民的长远福祉为基本目的。国家之所以制定宪法，无非是为了保证人民的自由幸福和社会的长治久安，尤其是防止公权力滥用及其对人民基本权利产生的侵害。不论采用哪一种解释方法，都不能背离这一立宪基本初衷。

上述原则为解释 1982 年宪法第 10 条奠定了理论基础。在探讨具体宪法解释之前，首先有必要说明中国土地所有权在 1982 年的状况。

2、1982 年之前的中国土地所有制

众所周知，1949 年之前，中国土地以私有制为主。[37] 1949 年后，新政权接管或没收了帝国主义、官僚资本、战犯与汉奸等“反革命分子”的城市土地所有权。《共同纲领》第 3 条宣布：“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。”第 27 条宣布：“凡已实行土地改革的地区，必须保护农民已得土地的所有权。凡是尚未实行土地改革的地区，……实现耕者有其田。”由此可见，除了被政府没收的土地之外，无论是农村

还是城市都仍然保留土地的私人所有，1949 年的政权变更并没有从根本上改变中国土地制度。

1954 年宪法基本上延续了公有和私有兼容的土地制度格局。第 13 条规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定的条件，对城乡土地和其他生产资料实行征购、征收或收归国有。”由此可见，城乡土地都被定义为“生产资料”，而第 5 条规定了四种生产资料所有制：“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 8、9、10 条分别规定：“国家依照法律保护农民的土地所有权和其他生产资料所有权”、“手工业者和其他非农业的个体劳动者的生产资料所有权”以及“资本家的生产资料所有权和其他资本所有权”。由此可见，资本家、手工业者及其他个体劳动者的包括土地在内的“生产资料所有权”仍然受到国家法律的承认和保护。[38]

1956 年，三大改造运动开始，政府通过赎买收购了资本主义工商业拥有的土地所有权，并通过人民公社运动将农民个人土地转变为集体土地，但是城市住宅的私人土地仍然存在，只不过比例越来越小。[39] 此后形成了国有为主、集体与私有土地并存的格局，城市超过 90%的土地为国家所有，[40] 但是私人土地从未被法律取消。即便有“文革宪法”之称的 1975 年宪法也没有明确取消城市土地私有制。虽然其第 5 条规定：“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”，似乎取消生产资料的私人所有，但是第 5 条只是规定了生产资料的“主要”形式，并未排除土地私有制作为一种“次要”形式存在。第 6 条则规定：“矿藏、水流，国有的森林、荒地和其他资源，都属于全民所有。国家可以依照法律规定的条件，对城乡土地和其他生产资料实行征购、征收或收归国有。”除了明确规定“全民所有”的矿藏、水流即国有森林和荒地等资源之外，第 6 条并没有改变其余土地和资源的所有权性质；城市仍然存在私有土地，否则就没有必要对其“实行征购、征收或收归国有”了。1978 年宪法关于土地所有制的规定和 1975 年宪法完全类似，无需赘述。

总之，1982 年之前，城市私人土地所有权仍然普遍存在。事实上，部分宗教团体还获得政府核发的土地所有权证书。[41] 虽然经过历年赎买、收购、征收，城市大部分土地在名义上或效果上已属于国家所有，私人住宅下的私有土地只占整个城市的很小比例，而且在计划经济统筹分配一切的年代，即便私人房屋的所有权和使用权都不受尊重，资本家的私宅几乎全部被分配公用，更不用说住宅下的土地使用权和所有权，但这种做法或政策是没有法理依据的。至少在法理上，私人对其所有的住宅及其之下的土地仍然享有所有权和使用权，只不过它们在实践中遭到了不公正的剥夺。改革开放之后，各级政府逐步“落实政策”，归还了原先遭到占用的私人住宅，私宅所有者重新获得了土地使用权。1995 年，国家土地资源局颁布《确定土地所有权和使用

权的若干规定》，其中第 28 条规定：“土地公有制之前，通过购买房屋或土地租赁土地方式使用私有的土地，土地转为国有后迄今仍继续使用，可确定现使用者国有土地使用权”，可见 1982 年之前的“私有土地”是得到政府正式承认的。这部分土地确实占城市土地总量的比例不大，但是仅此并不能否定它们的存在，也不能忽视它们在 1982 年宪法颁布之后的所有权归属问题。

3、1982 年宪法的城市土地所有权

在此历史背景下，1982 年宪法第 10 条规定的城市土地“国家所有”究竟意味着什么？对此，第 10 条本身的文字说明不了什么问题，制宪过程披露的材料也很有限，何况宪法的起草者（宪法修改委员会）和制定者（全国人大）似乎都没有详细讨论“国有所有”的确切意涵。[42] 因此，中国土地所有制的解释仍需要运用上述解释方法。所有解释原则都指向一个结论，那就是至少对于截止 1982 年私人所有和使用的土地，城市土地的“国家所有”只能是名义性的所有权，而不可能是包含使用权和管理权的实质所有权。事实上，即便是对于已经国有化的工商业或事业单位用地，“国家所有”也应该被理解为名义性所有权。

首先，宪法第 10 条在起草和审议过程中的讨论空白本身就很说明问题。[43] 如上所述，1982 年宪法生效前，城市还普遍存在私人所有土地；即便土地不是私人所有，土地上的大量建筑物显然属于公民私有财产，公民对承载其私有财产的土地享有使用权。然而，1982 年宪法竟然在一夜之间静悄悄地将全部城市土地国有化，而看上去如此惊天动地的大动作却不仅在全国人大起草和审议阶段波澜不惊，而且通过后也未曾在全国激起任何社会反响；且不说没有发生任何社会抗议，甚至连思想敏锐的学术界也没有泛起一点涟漪。试想，假如宪法第 10 条的真实意图不仅是剥夺城市土地的私有所有权，而且是限制广大城市居民的土地使用权，眼睁睁地让他们生活了多年的住宅突然间失去法律上的立足之地，中国社会怎么可能如此保持平静？假如第 10 条真的一举收回城市土地的所有权和使用权，那么至少会削弱全国各地的城市住宅在法律上的确定性；这可是影响千家万户重要民生的大事，全国上下不可能如此“沉得住气”。对于这种看似不可置信的现象，只有一种合理解释，那就是宪法第 10 条规定的城市土地“国家所有”只是一种名义所有权，并不触动城市土地使用权的实质。

其次，或许有人认为，1982 年城市土地国有化之所以没有激发大规模争论，是因为当时尊重与保护私有财产观念不强。然而，这一主张并不能成立，因为即便在 2004 年修宪之前，1982 年宪法也明确保护具体的私有财产，原先的第 13 条明确规定：“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。”事实上，类似条款从 1954 年宪法（第 11 条）起就成为执政党的既定国策，即使 1975 年和 1978 年宪法也未曾否定（见两部宪法的

第 9 条）。虽然这些规定没有明确提到土地，但是土地使用权作为拥有“房屋和其他合法财产”的基础，理应同样受到国家的尊重与保护，而不能在没有事先征求人民同意的情况下剥夺人民合理占有和使用土地的权利，否则就违背了 1982 年宪法第 13 条表达的保护私有财产的一贯精神。

事实上，即便这一主张能够成立，当时确实不如现在重视对私有财产的尊重与保护，也不能说明剥夺私有财产的合法性。如上所述，宪法不是一部静止不变的“死法”，而是不断生长更新的“活法”；对宪法第 10 条的理解也同样不是一成不变的，而必须根据改革开放过程中不断发育成熟的宪法思维而获得重新理解和诠释。1982 年宪法制定后，四次修正案不断丰富完善了宪法对私有财产的保护。尤其是 2004 年修正案将第 13 条对“收入、储蓄、房屋”等特定财产的保护，扩充为对私有财产的一般保护：“公民的合法的私有财产不受侵犯。国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权”，并首次明确了征收财产的补偿原则：“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予补偿。”假如宪法第 10 条被理解为一夜之间收回公民对土地的使用权，无疑将构成没有“给予补偿”的征收，因而显然违反了宪法第 13 条现在规定的“私有财产不受侵犯”的基本原则，进而在宪法第 10 条和第 13 条之间造成不必要的内在张力。

显然，我们并不生活在过去；对于我们而言，重要的并不在于过去如何理解宪法，而是如何让宪法在当代人的心目里获得合理与公正的解释。即使宪法第 10 条在 1982 年意义不甚明朗，今天也不可能将其想象为国家有意无偿剥夺公民的土地使用权。假如今天再来制定或修订第 10 条，那么即便仍然规定城市土地“国家所有”，也不可能将其理解为对私人土地使用权的无偿剥夺。各国经验都显示，实质意义的国有化是一种极其罕见的非常措施，只有在国家遭遇紧急状态的情况下才会实行，而 1982 年中国已经步入改革开放的轨道，国内和国际形势都十分看好，并不存在任何意义上的紧急状态。更何况即便实行国有化，也必须给予公正补偿；[44] 否则，无论通过什么方式，哪怕是通过近乎神圣的修宪程序，无偿剥夺也必然构成巨大的不公正——事实上，剥夺方式越“高尚”就越讽刺。我们不可想象 1982 年宪法第 10 条会规定如此不公的体制，也看不到有任何理由以如此不公的方式解释这一条宪法规定。宪法解释必须忠实于宪法的整体结构和内在精神，避免不同条款在含义上产生冲突或割裂，而按照第 13 条所明确表达的“私有财产不受侵犯”、国家征收给予补偿的基本精神，第 10 条规定的“国家所有”只能被解释必须为不触动土地使用权的名义所有权，否则就将人为产生第 10 条和第 13 条之间的结构性冲突。

最后，对宪法第 10 条的不当解释不仅会产生巨大的个体不公，而且会造成严重的社会灾难，从而恰和制宪初衷背道而驰。如果剥夺了人民对土地的实际控制权和使

用权，那么所有建立在土地之上的财产乃至生存权利都失去了法律保护的根基。“皮之不存，毛将焉附？”一旦对土地的实际控制权和管理权从人民转移到政府，那么政府就可以随时命令人民腾空其赖以生存的居所，推土机就随时将人民的住宅夷为平地。加上宪法和法律只是要求征收给予“补偿”，却并未明确规定给予按公平市价标准衡量的“公正补偿”(just compensation)，低价买进、高价卖出的“土地财政”成为地方政府一本万利的生财之道，人民的住宅安全就遭遇空前危机。事实上，征地拆迁早已成为中国社会动荡的首要因素，[45] 其制度根源正是政府过于随意处置土地的权力。要防止唐福珍自焚悲剧的重演，只有将宪法第 10 条规定的“国家所有”解释为名义所有权，将实际占有和使用土地的权利还给人民。

以上分析不仅适用于到 1982 年为止尚未被国有化的少量私人土地，而且也适用于 1956 年之后被逐步国有化的工商业或事业单位用地。虽然这些土地以及单位用于职工建房的土地在法律上可能属于“国有”，但是实际上一直由所在的非政府主体无偿和无限期使用，只不过它们无权变更用途或转让而已。[46] 这种长期使用的状态不足以构成法律上的“权利”，但是即便在中国计划经济的高潮，代表“国家”的政府一般也不会随意收回，土地的“国有”和私人或单位的占用处于事实上的分离状态。否则，假如“国家所有”是一种实质性的所有权，这些土地由代表国家的政府直接管理，政府可以随时改变用途、收回使用或划拨给其他主体，那么必然对日常的社会、经济或居民生活产生巨大的干扰和任意性，甚至造成严重的社会动荡。

也正是为了防止土地国有化可能带来的社会动荡，国家土地资源局的《确定土地所有权和使用权的若干规定》明确规定了私人土地使用权的延续性，其第 27、28 条分别规定：“土地使用者经国家依法划拨、出让或解放初期接收、沿用，或通过依法转让、继承、接受地上建设物等方式使用国有土地的，可确定其国有土地使用权”；“土地公有制之前，通过购买房屋或土地租赁土地方式使用私有的土地，土地转为国有后迄今仍继续使用，可确定现使用者国有土地使用权。”这些规定表明，1982 年的城市土地国有化并未影响之前私人、政府机构或企事业单位占有和使用土地的权利；对于这些原先由特定主体合法占用的土地，“国家所有”只是名义性的，因而所有权的归属本身并不能回答谁有权占有和使用土地等实质问题。[47] 由于相当部分的城市土地一直由私人或单位占有并使用，土地是他们生活并开展一切活动的基础；这些实质上由私人使用的土地并不因为 1982 年宪法第 10 条而改变性质，从名义性的全民所有变成实质性的政府所有。

对于政府直接控制下的国有土地，1982 年之后进行的有偿出让和流转试验进一步证实，土地所有权和使用权是可分离的。1986 年，深圳探索国有土地使用权作为特殊商品进入市场，并以协议、招标或拍卖方式出让，改变了原有的无偿划拨模式，

逐步形成了国有土地流转市场。[48] 1987 年 12 月 1 日，深圳市首次公开拍卖了一幅面积 8588 平方米的地块，被认为敲响了 1949 年以来国有土地拍卖的“第一槌”。[49] 次年的宪法修正案在第 10 条中加入“土地的使用权可以依照法律的规定转让”，城市土地使用权的流转获得了宪法依据。政府通过征收等手段获得了实质性的土地所有权，而一旦出让使用权之后，虽然土地在名义上仍然属于“国家所有”，但是在出让期限内，这种被剥离使用权之后的“所有权”已经空壳化了。

综上，1982 年宪法究竟对城市土地产生了什么影响？按照以上对“国家所有”的名义性解读，城市土地的权属取决于实际使用权和管理权的主体归属。对于 1982 年之前仍然私有的城市土地，宪法第 10 条并没有更改私人对土地的永久使用权；对于 1982 年之前私人或单位由政府划拨而无偿与无期限使用的国有土地，私人或单位的永久使用权也不因 1982 年宪法而有所改变。上述土地的使用和流转受制于政府规定的城市规划方案。对于 1982 年之前政府直接控制和管理的土地，以及 1982 年之后政府通过征收获得的土地，它们在效果上属于“政府所有”，由政府代表人民管理；政府可以对这些土地进行有偿和有期限的出让，在出让期间依照出让条件允许土地流转。

4、如何管理城市土地？

1982 年宪法虽然没有触动已被特定主体合法占用的土地使用权，却对除此之外的所有城市土地重申了实质性的政府所有权。因此，属于公用的街道、马路、广场等土地不仅属于“国家所有”，而且地方政府对这些名副其实的“公地”行使实质性的管理权；否则，如果没有适当的公共管理，这些“无主”的公有土地必然因私人的任意占用而陷入混乱，并很快发生“公地悲剧”。在这种情况下，正如美国联邦政府在 19 世纪后期从放任到管制的转型显示，政府有必要全面介入公地的规划和管理。在效果上，这些城市土地即成为受政府“托管”的土地。其实，和欧美等国相比，中国城市的街道、广场、绿地等公用地占土地面积的比例明显偏低，[50] 因而要改善城市环境，由政府直接控制和管理的公用地面积有待扩大。当然，城市公用地应该真正实现公共用途，广场绿地显然不应集中在政府大楼门前；政府管理公地的目的并不是政府自身甚至官员个人的利益，而是整个城市的公共利益。

以上对城市土地管理权的界定马上涉及有关管理权限的分配问题。政府究竟能对城市土地做什么？各级政府管理土地的权力边界在哪里？现行《土地管理法》等法律或法规授予各级政府的管理权限是否符合宪法第 10 条的本意？宪法第 10 条只是笼统规定了城市土地“国家所有”，而并未说明城市公地究竟由哪一级政府管理。《土地管理法》第 2 条则明确规定：“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”；与此一致，《物权法》第 45 条规定：“国有财产由国务院代表国家行使所有权。”然而，这些规定值得商榷。

首先，宪法第 9 条、《土地管理法》第 2 条和《物权法》第 45 条都规定土地的“国家所有”是指“全民所有”，而宪法第 2 条则规定：“一切权力属于人民。人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。人民依照法律规定，通过各种途径和形式，管理国家事务，管理经济和文化事业，管理社会事务”，其中也应该包括土地管理事务。虽然第 2 条规定“人民依照法律”管理各种事务，这一条显然并不表明凡是“法律规定”就应自动得到宪法的认可，否则宪法序言规定本法“是国家的根本法，具有最高的法律效力”、第 5 条规定“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触”就失去了意义。

既然宪法第 2 条明确规定“人民行使国家权力的机关”是全国与地方各级人大，《土地管理法》和《物权法》中“由国务院代表国家行使所有权”的措辞似乎不尽妥当，因为它很容易造成错觉，让人误以为国务院在宪法上有权代表全国人民行使权力，“国家所有”变成了“国务院所有”，至少在效果上是如此。[51] 这种规定和理解将架空各级人大在土地管理中的作用，因而不符合宪法第 2 条的精神。事实上，国务院的主要领导并非由全国人民选举产生并对人民直接负责，而是由全国人大选举产生并对人大负责，因而它能否直接“代表国家”行使属于人民的权力是一个颇有争议的问题。对宪法第 2 条的正确理解应当是，城市土地的“国家所有”即全民所有，而全体人民由全国以及地方各级人大所代表，国务院以及地方各级政府只是人大意志的执行机构。因此，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。

按照宪法第 2 条的精神，《土地管理法》第 2 条和《物权法》第 45 条所指的“行使所有权”必须被理解为日常管理职能，而不是基本决策职能。[52] 既然各级人大是“人民行使国家权力的机关”，而土地用途管理显然是一种重要的“国家权力”，这意味着各级人大及其常委会有义务对土地用途的确定、规制或变更发挥决定性作用。如何管理城市的街道、广场、公园或水库等公共设施？城市建设与发展是否需要征用居民或企事业单位的土地使用权和房屋所有权？城市是否需要扩张并改变城乡规划，将农地变成城市建设用地？这些问题都必须经过各级人大的充分讨论，最后将具备法律效力的决定交由地方政府执行。[53]

其次，“全民”或“国家”所有是否意味着城市公地的管理权属于中央一级而非地方各级政府？从表面看，在单一制的宪法框架中，中央政府代表“国家”，“国家所有”似乎意味着中央全权负责土地管理，地方政府只有在中央授权范围内才能管理本辖区的土地。[54] 虽然这种理解不无合理之处，但也未必只是惟一合理的理解。根据宪法第 2 条的规定，全国人大和地方各级人大同是“人民行使国家权力的机关”，因而两者可

以被认为共同代表人民行使主权。虽然宪法第 57 条规定全国人大是“最高国家权力机关”，全国人大立法的效力高于所有地方立法，但是第 57 条并不排除地方各级人大和全国人大共享管理国家的权力，共同参与城市土地管理。另外，宪法第 3 条也为中央和地方权限的灵活分配留下一定余地：“中央和地方的国家机构职权的划分，遵循在中央的统一领导下，充分发挥地方的主动性、积极性的原则。”因此，虽然《土地管理法》等法律假设国务院是国有土地理所当然的“代表者”，“国家所有”并不意味着国务院在宪法上是城市土地惟一可能的管理者。如果“全民所有”可以被理解为全体人民对全部城市土地的所有权，进而分解为各地人民对当地土地的所有权，那么地方各级人大和政府也完全可以分享一定的土地管理权限。

事实上，一个中央政府显然不可能对全国城市土地进行事无巨细的具体管理，而必然将具体管理权下放给各级地方政府。从信息成本和土地使用的效率来看，管理权限下放到市、县一级较为合理，而这也正是中国土地管理的实际操作状况。[55] 虽然中央和省级政府负责制定和监督实施土地宏观调控和发展规划，县市级政府实际上履行着大部分具体管理职能。至少在效果上，地方政府是城市土地的实际管理者。随着城市土地转让权的开放，城市政府对土地利用和管理的积极性大大增加，各地政府也从土地使用权的有偿出让中获得巨大收入。[56] 土地出让收益主要归属地方（而非中央）政府的事实表明，不论法律规定谁是“国有土地”的代表者，地方政府都分享着规划、管理和利用土地的职能。

最后值得注意的是，土地使用权的有偿出让对于合理利用土地和防止“公地悲剧”是一件好事，[57] 但是政府显然仅有权出让个人和单位不享有使用权的“无主”公地；如果城市土地使用权已经“有主”，那么尽管其所有权属于“国家”，政府都只有在征收之后才能获得其使用权。这个论断至少具有两方面的含义。第一，需要征收并给予补偿的是土地使用权，而不是所有权；否则，因为城市土地都是“国家所有”，似乎“所有人”没有变化就谈不上征收。然而，只要政府动用公权力改变了土地使用权人，那么就显然构成征收并需要给予补偿。事实上，既然“国家所有”只是名义性所有权，这也表明土地的所有权属性对于确定是否构成征收并不具有决定性意义。

第二，既然宪法第 13 条明确了征收必须补偿的基本原则，土地使用权的征收也必须给予公正补偿。城市拆迁显然首先是一种征收行为，而需要补偿的不仅是地面上的房屋，而且也应包括土地使用权。虽然土地使用权的价值在某种程度上已经体现于房屋补偿标准中，但这种价值体现往往是不完全的，尤其是诸如北京四合院等建筑物的土地面积远大于房屋面积，因而房屋补偿只能是不充分和不公正的补偿。2011 年施行的《国有土地上房屋征收与补偿条例》将补偿范围仅限于房屋，并在不给予补偿的情况下规定“房屋被依法征收的，国有土地使用权同时收回”（第 13 条），似乎违

背了该条例本身规定的公平补偿原则，也不符合网络民意在这个问题上形成的普遍共识。[58] 当然，对于当年通过无偿划拨取得的土地，土地使用权的收回可以不必补偿；即便如此，如果土地在使用过程中有所增值，那么土地使用权的收回仍应给予适当补偿。[59]

四、结论——重新理解城市土地的国有属性

本文从中国、美国、加拿大等国的比较分析出发，论证了土地所有权和使用权分离的可行性与必然性，纠正了 1982 年宪法一夜之间将城市私人土地“国有化”的简单化理解。世界各国的经验都表明，所有权是可以分割的，名义所有权完全可以和实际使用权相分离。[60] 只要根据通行的法律解释规则与方法，完全可以用保障人权、尊重私有财产的内在精神对宪法第 10 条赋予合理解读，而完全没有必要将其解释为在没有给予任何补偿的情况下剥夺私人土地财产权的恶性规定。这种错误理解不仅违背了尊重人权、法治、公正和市场规律的宪法精神，而且已经在实践中造成了极其严重的社会后果。

运用正确的释宪方法解读宪法第 10 条，本文得出如下结论。对于城市“国有土地”，“全民”所有权只能是一种名义所有权，土地使用权实际上属于特定个人、企事业单位、政府机构，街道、广场等使用权不隶属于特定主体的公地则由政府“托管”。1982 年宪法宣布城市土地“国家所有”并未剥夺任何个人或单位的土地使用权，而至多是确认了政府作为“无主”公地的管理主体。既然人民仍然拥有原先的土地使用权，政府不仅需要补偿被征收房屋，而且需要依情形适当补偿被征收的土地使用权，否则就违反了宪法第 13 条对征收“给予补偿”的要求。

总之，1982 年宪法第 10 条的城市土地“国有化”并没有让政府对已经合法占用的土地获得所有权。既如此，政府不能像对待自己直接管辖的办公用地或城市公地那样随意收回。大部分城市土地的“国家所有”只是名义性的，私人或单位仍然保留实质性的土地使用权；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。

注释：

[1] 例如参见王维洛：“1982 年的一场无声无息的土地‘革命’——中国的私有土地是如何国有化的？”，《当代中国研究》2007 年第 4 期。

[2] John Locke, Two Treatises of Government, Peter Laslett ed., Cambridge University Press (1960), pp. 286-287.

[3] Black’s Law Dictionary (6th Ed.), St. Paul, Minn.: West Pub. (1990), p. 1106.

[4] Edward J. Heisel, Biodiversity and Federal Land Ownership: Mapping A Strategy for the Future, 25 Ecology Law Quarterly 229 (1998).

[5] Sarah Bates, The Western Public Lands: An Introduction 20 Western Lands Report No. 1, Western Lands Program 21 (Natural Resources Law Center, University of Colorado School of Law, 1992).

[6] Dale A. Oesterle, Public Land: How Much Is Enough?, 23 Ecology Law Quarterly 521 (1996).

[7] Karen L. Ferguson, This Land Is Our Land: Private Interests in Public Lands, 2 Michigan Law & Policy Review 187 (1997).

[8] Karin P. Sheldon, How Did We Get Here? Looking to History to Understand Conflicts in Public Land Governance Today, 23Public Land & Resources Law Review 1.

[9] 值得注意的是，布莱克法律辞典对“公地”(public land)的定义是“一般公共领域；未被征收的土地；属于国家并根据一般法律受制于买卖或其它处分而没有为特别政府或公共目的有所保留的土地”，Black’s Law Dictionary (6th Ed.), St. Paul, Minn.: West Pub. (1990), p. 1229.

[10] Theodore Blank, Grazing Rights on Public Lands: Wayne Hage Complaints of a Taking, 30 Idaho Law Review 603 (1993).

[11] Garrett Hardin, The Tragedy of the Commons, 162 Science 1243-1248 (1968).

[12] 参见 Dale A. Oesterle, Public Land: How Much Is Enough?, 23 Ecology Law Quarterly 521 (1996).

[13] Light v. United States, 220 U.S. 523 (1911), at 537.

[14] Hunter v. United States,388 F.2d 148 (9th Cir. 1967)

[15] 参见 R. McGreggor Cawley, Federal Land, Western Anger: The Sagebrush Rebellion and Environmental Politics, University Press of Kansas (1993); Robert Barrett, History on an Equal Footing: Ownership of the Western Federal Lands, 68 University of Colorado Law Review 761 (1997).

[16] Joseph Sax, The Public Trust Doctrine in the Natural Resources Law: Effective Judicial Intervention, 68 Michigan Law Review 471 (1970); Carol M. Rose, Joseph Sax and the Idea of the Public Trust, 25 Ecology Law Quarterly 350 (1998).

[17] Light v. United States, 220 U.S. 523 (1911), at 537.

[18] Karin P. Sheldon, How Did We Get Here? Looking to History to Understand Conflicts in Public Land Governance Today, 23Public Land & Resources Law Review 1.

[19] Michael I. Jeffery, Public Lands Reform: A Reluctant Leap into the Abyss, 16 Virginia Environmental Law Journal 79.

[20] Eric C.E. Todd, The Law of Expropriation and Compensation in Canada (Ontario: Carswell, 1992), pp. 2-16..

[21] Indivisible，参见 Laura Bowman, Constitutional "Property" and Reserve Creation: Seybold Revisited, (2007) 32 Manitoba Law Journal 1 - 25

[22] 2002 年，该法修改后被重命名为《农地法》。据说卑诗省以 2%的土地出产 80%的庄稼，因而农地委员会对农地保护极其严格，极少允许农地转为非农用途；如果需要改换用途，必须首先向委员会申请将其排除在农地范围之外。参见 William Buholzer, British Columbia Planning Law and Practice, Current Report Issue 19, LexisNexis (2010), 3.2-3.10.

[23] Michael I. Jeffery, Public Lands Reform: A Reluctant Leap into the Abyss, 16 Virginia Environmental Law Journal 79.

[24] Fisheries Case, Attorney-General Canada v. Attorney-General Ontario et. Al. (Fisheries Case), [1898] A.C. 700 (P.C.).

[25] Douglas Brown, Land Acquisition (2nd Ed.), Sydney: Butterworths (1983), p. 1.

[26] 事实上，即使美国学者也认为所有权归属是一个次要问题，参见 Karin P. Sheldon, How Did We Get Here? Looking to History to Understand Conflicts in Public Land Governance Today, 23 Public Land & Resources Law Review 1.

[27] 参见 Eric C.E. Todd, The Law of Expropriation and Compensation in Canada, pp. 39-56.

[28] 例如笔者在卑诗省首府维多利亚访问多时，本来计划在当地进行关于征收程序的实地调研，却因为几十年没有一次征地实例而只好放弃。

[29] John Locke, Two Treatises of Government, pp. 290-292.

[30] 德姆塞兹：《所有权、控制与企业——论经济活动的组织（第一卷）》，段毅才等译，经济科学出版社 1999 年版，第 136-142 页。

[31] 也正因为此，所有权人付给管理人的工资要比守夜人更高。参见 Robert C. Ellickson, Property in Land, 102 Yale Law Journal 1315 (1993).

[32] Garrett Hardin, The Tragedy of the Commons, 162 Science 1243-1248 (1968).

[33] Robert C. Ellickson, Property in Land, 102 Yale Law Journal 1315 (1993).

[34] 张千帆：《宪法学导论——原理与应用》，2008 年第二版，第 193-197 页。

[35] 参见 Paul Brest, The Misconceived Quest for Original Understanding, 60 Buffalo University Law Review 204.

[36] Living constitution，参见 T.C. Grey, Do We Have An Unwritten Constitution? 27 Stanford Law Review 703-717.

[37] 汪利娜：《中国城市土地产权制度研究》，社会科学文献出版社 2006 年，第 39-43 页。

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

[39] 吴次芳、靳相木：《中国土地制度改革三十年》，科学出版社 2009 年版，第 71-74 页。

[40] 参见潘世炳：《中国城市国有土地产权研究》，企业管理出版社 2006 年版，第 9-10 页。

[41] 王坤、李志强：《新中国土地征收制度研究》，社会科学文献出版社 2009 年版，第 7 页。

[42] 蔡定剑：《宪法精释》，法律出版社 2006 年第二版，第 194-195 页。

[43] 关于城市土地国有化，当时只有宪法修改委员会的几位委员表示支持，例如杨秀峰认为：“对城市土地再不宣布国有，不得了。”见许崇德：《中华人民共和国宪法史》，福建人民出版社 2003 年版，第 645 页。但是究竟如何“不得了”，委员们之间并没有任何讨论，更没有成为社会讨论的关注点。对于宪法第 10 条规定的土地问题，惟一的实质性争论是农村土地是否需要国有化，参见同上，第 682-683 页。

[44] 例如参见法国 1982 年的“国有化决定“，张千帆：《宪法学导论——原理与应用》第二版，第 611-612 页。

[45] 2011 年 5 月 13 日，国土资源部下发《关于切实做好征地拆迁管理工作的紧急通知》；同时，国务院六部门联合督查屡禁不止的违法征地拆迁行为，可见这类冲突的严重程度。参见“六部门将督察制止违法强拆规定落实情况”，《新京报》 2011 年 5 月 20 日。

[46] 参见吴次芳、靳相木：《中国土地制度改革三十年》，科学出版社 2009 年版，第 75-92 页。

[47] 在这个意义上，国有土地和一般意义上的“国有资产”存在重要区别。诸如国有企业等国有资产的产权属性原来就十分清楚，一般由政府部门或政府任免的负责人运营，因而政府可以行使一定程度的实质性管理和监督，包括管理层在内的工薪人员对企业本身并不享有所有权或使用权。

[48] 参见刘守英：“中国的土地产权与土地市场发展”，载中国社会科学院农村发展研究所宏观经济研究室编：《农村土地制度改革——国际比较研究》，社会科学文献出版社 2009 年版，第 140、145 页。

[49] “深圳土地拍卖‘第一槌’推动宪法修订”，《南方日报》 2010 年 9 月 6 日。

[50] 参见潘世炳：《中国城市国有土地产权研究》，企业管理出版社 2006 年版，第 42-43 页。

[51] 例如财政部 1989 年代国务院起草的〔1989〕38 号文件中规定，国务院是国有土地所有者的“总代表”。

[52] 2007 年 3 月 8 日，全国人大主席团秘书长王兆国在《关于<物权法(草案)>的说明报告》中指出：“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。土地管理法、矿产资源法、草原法、海域使用管理法等法律已经明确规定由国务院代表国家行使所有权，这也是现行的管理体制。”

[53] 关于适当选举产生的地方议会是决定地方征地的“公共利益机器”，参见张千帆：“‘公共利益’的困境与出路——美国公用征收条款的宪法解释及其对中国的启示”，《中国法学》2005 年第 5 期，第 36-45 页。

[54] “地方各级人民政府不是国有土地所有权代表。无权擅自处置国有土地，只能依法根据国务院的授权处置国有土地。”卞耀武：《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。

[55] 例如见《土地管理法》第 21 条（土地利用规划的分级审批制度）、第 44 条（市、县级政府审批一般建设规划）、第 46 条（县级以上政府实施征地）；国务院仅介入极为重要的事项，例如基本农田的征收（第 45 条）。

[56] 仅 2006 年，政府因对房地产用地的低价征收和竞价拍卖，获得收入 5000 多亿元，参见周天勇：“稳定房价三策”，《南风窗》 2007 年 9 月 16 日。

[57] 有的学者主张结束无偿划拨制度，见“民进中央建议修改土地管理法”，《京华时报》 2011 年 3 月 9 日。

[58] 张千帆：“关于房屋征收条例的网络民意”，《领导者》2011 年第 2 期，第 50-54 页。

[59] 促使土地使用权增值的因素可能是多方面的，因而未必能清楚界定私人使用、城市基础建设等因素对增值的贡献。鉴于这个问题的复杂性，在此不赘述。

[60] 例如参见党国英：“苏格兰的土地改革及其对中国的借鉴意义”，载《农村土地制度改革——国际比较研究》，社会科学文献出版社 2009 年版，第 105 页。

城市土地国家所有的实际效果与规范意义

成协中*

近年来，八二宪法第十条第一款“城市土地属于国家所有”的解释和适用引发了学界的热议。这一现象不仅是学术界自觉探求规范内涵和逻辑自洽的结果，更是实践中土地制度陷入困境的必然反应。从微观层面来看，这一条款的解释和适用，不仅直接影响到包括城市房屋征收制度在内的城市土地权利义务的科学配置，也会对农村集体土地制度的改革产生根本性影响。从宏观层面来看，这一条款的解释和适用，还会涉及共产党的执政合法性，以及八二宪法所确立的整个宪法架构及国家政权的正当性。因此，对这一条款的解释和适用，需要尤其慎重。任何偏执一端的做法，都可能引发灾难性的后果。本文认为，对八二宪法城市土地属于国家所有这一条款的解释，既要遵循中共执政的历史脉络和八二宪法所确立国家性质，也要符合宪政国家权利保障的基本理念和规范要求。

一、对城市土地国家所有的几种解释及初步评价

目前，围绕八二宪法第十条第一款“城市土地属于国家所有”这一规定，基于不同解释目的和方法，学者们得出了如下解释结论：

（一）名义所有权说

以张千帆教授为代表。其通过对比美国、英国、加拿大等国土地国家所有的具体内涵，提出我国城市"国有土地"，"全民"所有权只能是一种名义所有权，土地使用权实际上属于特定个人、企事业单位、政府机构，街道、广场等使用权不隶属于特定主体的公地则由政府"托管"。1982 年宪法宣布城市土地"国家所有"并未剥夺任何个人或单位的土地使用权，而至多是确认了政府作为"无主"公地的管理主体。既然人民仍然拥有原先的土地使用权，政府不仅需要补偿被征收房屋，而且需要依情形适当补偿被征收的土地使用权，否则就违反了宪法第 13 条对征收"给予补偿"的要求。[1]

* 成协中，北京市社会科学院法学所副研究员，法学博士。邮箱：chengxiezhong@vip.163.com。本文为初稿，尚未最终完成，请勿外传及引用，谢谢。

[1] 参见张千帆：《城市土地“国家所有”的困惑与消解》，载《中国法学》2012 年第 3 期。

这一解释是建立在土地所有权与使用权可以分割和分离的基础上，试图虚化土地所有权人的地位，而强化土地使用权的地位。然而，这一解释可能面临如下疑问：（1）“名义所有权”的规范内涵如何？特别是其与实际的土地使用权人之间的权利义务关系如何？现有观点并未对此做出清晰解答；（2）在上述观点中，国家作为土地使用权人，也不总是“名义上的”。如对于无主公地，国家（或政府）就不仅仅是管理主体，而是法律上的所有权人。如此，在对同一条款的解释上，国家所有就存在名义上的所有权和实际上的所有权双重身份，逻辑上存在悖论。

（二）可以国家所有说

以程雪阳教授为代表。他提出，通过法解释学的分析，人们将会发现，宪法第 10 条第 1 款本身并非一个强制性法律规范，而是与宪法第 10 条第 3 款共同构成一个授权性规范。其规范内涵是“城市的土地可以属于国家所有，也可以不属于国家所有；城市可以建设在国有土地上，也可以建设在非国有土地上；国家可以（而不是必须）基于公共利益的需要将城市的土地征收为国家所有，但这项权力的行使必须遵守宪法第 10 条第 3 款的规定，而不能直接将非国有土地无偿概括国有化”。[1]

这一解释试图打破土地城市化与土地国有化之间的内在勾连，主张城市土地也可以集体所有，从而破除集体土地入市必须经过征收的制度障碍，具有明显的结果主义导向。但这一解释也可能面临如下质疑：（1）这一观点不能解决八二宪法通过对于当时城市建成区的土地所有权的归属问题。其可能造成的效果是：它的实际效果是将同一条款割裂为宪法生效前和宪法生效后两个阶段，前者是“必须国有化”，而后者则是“可以国有化”。（2）这一解释也不能为八二宪法之后新建成城市的地权变动提供规范性指引。既然城市土地可以国家所有，也可以不属于国家所有，那么在城市化进程中，国家是否要变动地权关系，则会陷入两难境地。

（三）无偿概括国有化说

即针对八二宪法通过之时城市土地的无偿概括国有化。宪法第 10 条第 1 款是一个“土地国有化”的条款，但是这里所规定的“城市”只包括“1982 年修宪时既有城市范围内的土地，而不包括之后新建的城市以及因为既有城市扩张而新被纳入到城市范围内的土地。1982 年宪法颁布以后被划归城市规划区的土地，必须经过征收才可以转变为国有土地。”[2]

这一观点能够较好地实现被征收人权利保护需要，适当限缩了无偿概括国有化的范围。这一理解可能面临的质疑在于：（1）宪法条文并未明确指向八二宪法通过之时

[1] 参见程雪阳：《论“城市的土地属于国家所有”的宪法解释》，载《法制与社会发展》2014 年第 1 期。

[2] 陈甦：《城市化过程中集体土地的概括国有化》，载《法学研究》2000 年第 3 期，第 108-117 页。

的城市土地。这一解释可能有违文意；（2）“无偿概括国有化”本身的正当性何在？其与宪法本身确立的保障私有财产条款之间是否存在冲突？（3）这一解释对八二宪法通过之后的土地是否具有规范意义？上述解释并不明确。

（四）修宪权行使说

这种观点以张睿博士为代表。他认为，个人土地所有权等公民权利是可由宪法赋予、更改和消灭，并不需要通过征购和征用等行政权的行使，因为修宪权远远高于国家的其他一切权力，国家的其它权力均由宪法赋予，亦无权干涉宪法规范的效力。其修改程序及修改主体符合我国宪法的规定，也充分体现了民主。因而该条款的形式正当性并无可质疑之处。[1]

这一解释可能面临的问题在于：（1）公民权利可由宪法赋予，但能否由宪法条款来变更和消灭？在理论上似可质疑；（2）修宪权只能证明该条款的形式正当性，而不能证明其实质正当性。

二、八二宪法通过之后发生了什么

本文无意从文意和逻辑层面解释八二宪法的城市土地属于国家所有条款的规范意涵，而试图从实证的角度揭示，八二宪法通过对于城市的地权结构和关系究竟产生了怎样的影响。即使从逻辑和规范的角度来看，实践中的做法可能并不完善。但它是我们进行法律解释不可回避的前提。

（一）八二宪法通过之前城市的地权结构

在旧中国，农村土地所有制主要有四种类型：地主所有制、官有公有制、富农所有制、农民小土地所有制。地主所有制对其他土地所有制形式具有支配和制约作用。[2]“由于中国封建土地制度的特点，在地主土地所有制占主导地位的同时，存在大量的农民小土地所有制，这就造成了中国的土地改革不同于欧洲简单滴反对封建领主、解放农奴，从而增加了制定分配土地政策的复杂性。”[3]

孙中山领导的国民革命，一直将反对土地剥削，平均地权作为重要的施政目标。1899 年，孙中山在东京与梁启超讨论土地问题时曾说，“今之耕者，率贡其所获之半于租主而未有已，农之所以困也。土地国有后，必能耕者然后授之田，直纳若干租税于国，而无复有一层地主从中朘削之，则民可以大苏。”1902 年春，孙中山在横滨与章太炎等讨论改革土地、赋税制度时又说，“夫不稼者不得有尺寸耕土，故贡彻不设，不劳收受而田自均”。1903 年，孙中山在东京明确地向胡汉民讲解说，“解决

[1] 张睿：《82 宪法中土地所有权条款的正当性基础》，载《法制与社会发展》2013 年第 2 期。
[2] 参见杜润生主编：《中国的土地改革》，当代中国出版社 1996 年版，第 5-15 页。
[3] 杜润生：《关于中国的土地改革运动》，载《中共党史研究》1996 年第 6 期。

民生问题，也是我们改革的目的之一。而要解决民生问题，首先就要平均地权。”1905 年春，孙中山在布鲁塞尔访问第二国际主席王德威尔和书记处书记胡斯曼时，“简要地说明了中国社会主义者的目标”，其中第二点就是“要使中国的土地全部或大部公有，亦即很少或没有大地主，土地由公社照章租给农民，……每人依其财产数量交纳租税”，目的在于“防止一个阶级剥夺另一个阶级的现象，就如欧洲各国所发生过的那样”。1905 年 8 月中国同盟会成立，宣誓实行“驱除鞑虏，恢复中华，创立民国，平均地权”的革命宗旨，从此，平均地权成为中国同盟会以及后来中国国民党及其领导的中华民国的基本方针。[1]国民党执政后也制定过土地改革法案，试图以和平赎买的方式实现“耕者有其田”，但终因国家财力不足以偿付地主的经费，政策从未落实。

中国共产党成立之后，也一直将反对剥削，实现耕者有其田作为自己的施政纲领。新中国成立之前的土地改革运动，一直以农村为中心。通过没收、清算、征购、献田等多种方式获得土地之后，再将这些土地无偿分配或低价出售给农民，以换取农民对于革命的支持和生产关系的变革。新中国成立之后，除了继续完成新解放区的农村土地改革外，也在城市进行了一定的土地改革。但不同于农村大规模的地权关系重构，城市的土地改革一直较为谨慎、稳妥，除了没收官僚资本和大资产阶级房产外，城市私有房产和土地一直处于被保护的地位。如 1949 年 5 月 16 日北平市新政府公布的《北平市军事管制委员会布告规定处理本市房屋问题办法》，“城市房屋之占有关系及由于所产生的租赁关系，有别于封建的或半封建的土地制度，现在不但不应该废除，而且还应该予以合理之保护，此乃我人民政府既定之政策。”

可能构成对城市地权关系产生较大变动的是 1956 年开始的社会主义改造运动。1956 年，政府开始针对厂家和店铺（生产资料）等实施工商社会主义改造，先是公私合营，继而在清产核资的基础上进行“和平赎买”，赎买期定为 20 年，赎买期间私方领取定息。目前能够找到的有关城市土地所有权“国有化”的文件是 1956 年 1 月 18 日中共中央转批中央书记处第二办公室“关于目前城市私有房基本情况及进行社会主义改造的意见”提出，“对城市私人房屋通过采用国家经租、公私合营等方式，对城市房屋占有者用类似赎买的办法，即在一定时期内给以固定的租金，来逐步地改变他们的所有制；同时对依靠房租作为全部或主要生活来源的房东和二房东，进行逐步的教育和改造，使他们由剥削者改造成为自食其力的劳动者。”但该文件及随后的改造运动，并未从根本上改变城市土地的私人所有制。[2]

文革期间，大量城市私房被侵占，大部分业主被迫交出房地产所有证。1967 年 11 月 4 日《国家房产管理局、财政部税务总局答复关于城镇土地国有化请示提纲的

[1] 郭德宏：《论孙中山的土地主张》，载《东疆学刊》1991 年第 1 至 2 期连载。
[2] 王维洛：《1982 年的一场无声无息的土地“革命”——中国的私有土地是如何国有化的？》，载《当代中国研究》2007 年第 4 期。

记录》中规定："对于中共中央批转中央书记处二办文件中：'一切私人占有的城市空地、街基等地产，经过适当办法一律收归国有'，其中街基等地产应包括在城镇上建有房屋的私有宅基地。"1980 年 9 月 18 日《关于处理机关部队挤占私房进一步落实私房政策的通知》提出："十年浩劫中收缴的私人房屋，根据宪法规定，应一律确认原房主的所有权，把房产还给房主。对于自住房和出租房，应分别不同情况，采取不同处理方法，根据国家财力、物力的可能逐步解决。"1982 年 3 月 27 日国家城市建设总局《关于城市（镇）房地产产权、产籍管理暂行规定》中提出："根据宪法规定精神，我国城市房屋存在着集中不同的所有制。应加强房屋和土地产权产籍管理。""凡在城镇范围内的房地产，不论属于国家集体或个人所有，均需到当地房管机关办理产权登记，领取房地产所有证。"

从现有资料来看，从中共成立到建国初期（1956 年以前），对于城市私有房产及土地，基本采取的是维持现状和保护政策；1956 年开始的社会主义改造运动，通过经租和公私合营等方式，将城市中资本主义工商业的私有土地、私有而出租的房地产以及个体手工业者私有的房地产转为国有土地。但对私人自住(或有少量出租)的私有房地产，则作为生活资料仍保留其私人所有权，没有触动。文革期间的相关政策则提出将所有城市土地（含私房宅基地）一律收归国有。但文革之后八二宪法通过之前，有相关政策提出要落实私房，返还文革期间侵占的房产。

（二）八二宪法关于城市土地收归国有的争论

透过相关立宪史梳理，八二宪法关于城市土地属于国家所有的规定，主要有如下几方面的意图：

1、反映现状

比如 1981 年 12 月 26 日，彭真与项淳一、顾昂然集中讨论了宪法修改中的土地所有权时，指出："关于土地所有权，过去宪法和法律没有明确规定，但历来对城市土地是按国有对待，农村土地是集体所有。"另据 1982 年调查统计，全国 226 个城市 7438 平方公里城市建成区中有私有土地 334.7 平方公里，占 4.5 %。[1]

2、减轻日后城市建设阻力

这是立宪过程中被宪法起草者多次提及的一个理由。时任全国政协副主席的荣毅仁提出："草案规定，除城市外，绝大部分土地归集体所有，问题很大。现在开矿很困难。建军马场、开采石油等都涉及土地问题。宪法规定任何单位和个人不得买卖、租赁土地。实际上，属于集体的土地就在买卖、租赁。"国防部部长耿飚说："这个问题与军队关系很大。空军、海军的机场都在郊区或者农村。宪法应考虑到不妨碍国家

[1] 郑振源：《私房土地使用权的历史沿革》，载《中国经济时报》2003 年 6 月 4 日。

建设和将来的发展。" 国家科委主任方毅说："这两种所有制的矛盾日益尖锐和严重。国家企业、事业要发展，要用地，而土地有限，郊区和农村土地归集体所有，变成了他们向国家敲竹杠、发洋财的手段。"尽管他们都是从主张农村土地国有化的角度出发，但其理由无疑表明，在他们看来，国有化之后能够从根本上减少日后国家征地阻力。

3、社会主义的必然要求

社会主义的国家性质，尽管在立宪过程中并未被过多关注，但其无疑也是导致城市土地国家所有的一个重要理由。如彭真曾指出："这次宪法明确规定，城市的土地属于国家所有。农村和城市郊区的土地，包括个人使用的宅基地和自留地，除法律规定为国家所有的以外，属于集体所有。任何单位和个人不得买卖和租赁土地。这对坚持社会主义是必需的。"

（三）通过对于建成区土地的权利义务的实际影响

根据有限的史料，可以确认以下信息：

1、城市私有住宅的所有权和使用权未受影响

八二宪法通过之后，国家政治经济秩序逐步买入正轨。政府也开始清理文革期间被侵占的私房。如北京在 1983 年 3 月就通过了《北京市人民政府关于落实"文革"中接管的私房政策的若干规定》（后文简称"落实私房规定"），明确提出，"对'文革'中由房管部门接管的私人出租房，要确认原房主的所有权，发还产权。""房主自住房现仍由原房主居住的，要确认原房主的所有权，发还产权。""房主自住房在"文革"中被占用，要求收回原房居住的，应先发还其产权，由占房职工所在单位或使用单位负责将占用的自住房腾退给房主，一时腾退不了的，可分期腾退。"显然，对于文革期间被非法侵占的房产，新的立法和政策并未认可其合法性，而是要求在查清事实的基础上，恢复原房主的产权。进言之，尽管八二宪法宣布了城市土地属于国家所有，但先前的私人房产的所有和使用并未受到直接影响，房产的所有权和使用权仍然得到合法保障。当然，在实践中，因历史、财力等诸多因素的影响，产权恢复工作的实现程度存在较大差异。

2、私房所在土地所有权被"无偿国有化"

"落实私房规定"专门对如何处理土地产权做出了规定。该规定第六条指出：

一九八二年五届人大五次会议通过的宪法第十条规定："城市的土地属于国家所有"。因此，落实私房政策，只发还房产权，不发还地产权。1990 年国土部回应最高人民法院的一个答复中（国土(法规)字〔1990〕第 13 号）指出，"我国 1982 年宪法规

定城市土地归国家所有后，公民对原属自己所有的城市土地应该自然享有使用权。例如上海市人民政府曾于 1984 年发布公告，对原属公民所有的土地，经过申报办理土地收归国有的手续，确认其使用权。”“宪法第 10 条规定，把城市中一切非国有土地载法律上宣布为国有了。”[1]所有私有的城市土地就丧失了所有权，只具有使用权。土地丧失了私人所有权，而房屋还是私有的，由此产生了私房土地使用权。受此影响的土地有多少？据 1982 年调查统计，全国 226 个城市 7438 平方公里城市建成区中有私有土地 334.7 平方公里，占 4.5 %。[2]

3、土地所有权变更未履行必要手续

1982 年宪法规定“城市的土地属于国家所有”后，应该就该制度继续明确颁布一些相关的规范性程序：将公民私有的城市土地所有权变更登记为城市土地使用权，以法定形式明确其“自然享有”。据传，上海市人民政府曾于 1984 年发布公告，对原属公民所有的土地，经申报办理土地收归国有的手续，确认其使用权。而华新民则指出，“后来我经过调查，这个公告是不存在的，也没有私房主办过私地收归国有的手续。更不要说全中国都没有过，就是上海也没有发生过。”[3]“无论在 1982 年之前还是之后，政府都没有以任何一种方式取得城市祖宅业主曾经花钱买下的土地：没有出钱购买——无论是通过普通市场交易购买，还是强行购买(征收)，也没有没收——没收私人财产属于刑事处罚，需要法院的判决书，需要理由。”[4]“在 1982 年城市土地无偿国有化的过程中，政府什么也没做，甚至没有向土地所有者发布任何公告，让他们知道，所有的城市私人房地产产权证书中的地产部分一夜间已全部失效。”[5]

就此来看，八二宪法通过之后，各地政府及其土地管理部门在腾退私房过程中，只退还了其房产所有权。私房所在的土地所有权因宪法通过而被“无偿国有化”。尽管欠缺必要的法律程序，但国有化的事实已经存在并为后续立法和政策所确认。城区原有公共用地或无主地，也经由这一宪法条款而被确认为国家所有。

4、“无期限”的土地使用权

2003 年，北京市政府开始给城区祖宅业主发“国有土地使用证”，填写的内容里自然没有“期限”，既然不是来自政府“出让”，也没有在“使用权类型”一栏里写“划拨”，既然不存在政府把相关土地划拨给业主的事实。此栏至今空着。[6]

[1] 马克伟主编：《中国改革全书（1978-1991）土地制度改革卷》，大连出版社 1992 年版，第 11 页。
[2] 郑振源：《私房土地使用权的历史沿革》，载《中国经济时报》2003 年 6 月 4 日。
[3] 华新民：《城市土地从来私有至今私有》，载 http://www.unirule.org.cn/index.php?c=article&id=3448，最后访问日期：2015 年 4 月 10 日。
[4] 华新民：《中国城市土地所有权的梳理和追问》，《东方早报》2012 年 11 月 27 日。
[5] 王维洛：《1982 年的一场无声无息的土地“革命”——中国的私有土地是如何国有化的？》，载《当代中国研究》2007 年第 4 期。
[6] 华新民：《中国城市土地所有权的梳理和追问》，《东方早报》2012 年 11 月 27 日。

（四）对于新建成城市的地权关系影响

如果将 82 年宪法关于城市土地属于国家所有这一条款，理解为国家的一次制宪权（修宪权）的行使，其目的是对当时建成区私有土地的一次概括国有化和非国有土地的所有权的确认，那么其规范效果显然只能针对 82 年宪法通过之时已建成的城区，而不能约束至 82 宪法通过之后新建成的城市。然而，事实上，基于多方面原因，八二宪法对于现有城市土地的概括国有化并未引发大的争议，至少未引起城市私有房产主的激烈反抗。而该条款对于 82 年之后新建成区域的地权关系方面，则引发了激烈的社会抗争和学术争议。

1、城市区划的调整不直接影响地权关系

早在 1984 年 1 月，即八二宪法生效后一年，共和国首部城市规划相关法律——《城市规划条例》出台。该《条例》第三十一条规定：“任何组织和个人在城市规划区内进行各项建设，需要使用属于国家所有的土地或者征用属于集体所有的土地，都必须持经国家规定程序批准的建设计划、设计任务书或者其他有关证明文件，向城市规划主管部门提出建设用地的申请。”第三十三条规定：“在城市规划区内，需要征用属于集体所有的土地进行建设的，由城市人民政府按照国家关于建设征用土地的规定，统一向农村人民公社和农业生产合作社征地。”第三十五条：“位于城市规划区内的农村人民公社和农业生产合作社，新建或扩大农村居民点和企业、事业单位，其用地位置和范围，应当报经城市规划主管部门审查批准。”这些规定表明：（1）城市规划的调整不直接产生地权关系变动的法律效果；（2）在城市规划区内，允许存在集体所有的土地；（3）是否征收土地，需要报规划主管部门批准。

2、城市扩张之后国家的土地征收义务

实践中不少人将八二宪法第 10 条第一款理解为“城市土地只能由国家所有”，据此，只要城市范围扩张，国家就有义务将属于集体的土地征收为国有。现在难以找到这种观点的具体主张者，但透过相关的政府文件，我们可以发现此种观点在实践中非常普遍。这种观点可能产生的问题在于，其与宪法第 10 条第三款“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”之间存在潜在悖论。[1]

有学者对这种观点进行了激烈批判。如张千帆教授指出：（1）1982 年宪法本身并没有任何文字表明两种土地所有权之间的转换需要经过征收环节，也没有任何历史记录证明第 10 条暗含着此类制宪意图；（2）1982 年之后的实践否定了农村城市化和工业化必须首先征地的理解；（3）对《宪法》第 10 条的误读也显然不符合宪法其他

[1] 参见周其仁：《农地产权与征地制度——中国城市化面临的重大选择》，载《经济学季刊》2004 年第 4 期，第 197 页。

条款的规定，人为地造成了 1982 年宪法的内在张力和冲突。[1]程雪阳则认为，宪法第十条第一款应解释为“城市土地可以由国家所有，也可以不由国家所有”，据此主张城市可以建在国有土地上，国家只有在为了公共利益时才能征收集体土地。[2]

3、土地所有权与使用权的制度性分离

经过社会主义改造之后，城市土地已经大部分归国家所有。各种组织要使用国有土地，主要手段是由政府划拨国有土地和征用国有土地。城镇国有土地的无偿、无限期划拨使用是在长期的历史进程中形成的，与我国曾经实行的统收统支的产品经济模式相适应。[3]但这种土地利用模式必然导致土地利用效率低下、土地浪费严重、有碍市场主体平等竞争、国家的所有权地位无法得到经济上的体现等问题。而八二宪法的通过，又被解读为城市土地国家所有权地位的不能动摇。改革开放之后，国家要进行大规模的城市建设，迫切需要扩大资金来源。其结果是城镇土地使用权出让制度改革。从最初的收取城镇土地使用费（税），到 1987 年深圳、上海开始的城镇土地使用权有偿出让试点，城市土地在维护国家所有权的前提下，通过拍卖、招标、协议等方式进入了市场领域。在此背景下，1988 年的宪法修正案，将宪法第十条第四款“任何组织或个人不得侵占、买卖、出租或其他形式非法转让土地。”修改为“任何组织或个人不得侵占、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。”《土地管理法》也在第二条新增了一款“国有土地和集体所有的土地的使用权可以依法转让。土地使用权转让的具体办法，由国务院另行规定。”1988 年《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》获得通过。国有土地所有权与使用权开始出现制度性的分离。

4、国家垄断建设用地供应

应当说这一效果并非八二宪法的本意，至少从宪法文本和制宪史，我们难以找到支撑这一结论的直接证据。[4]1982 年 5 月 4 日通过的《国家建设征用土地条例》第二条就规定：国家进行经济、文化、国防建设以及兴办社会公共事业，需要征用集体所有的土地时，必须按照本条例办理。禁止任何单位直接向农村社队购地、租地或变相购地、租地。农村社队不得以土地入股的形式参与任何企业、事业的经营。1987 年《土地管理法》删除了这一规定，但该法第 12 条规定，集体所有的土地，全民所有制单位、集体所有制单位使用的国有土地，可以由集体或者个人承包经营，从事农、林、牧、渔业生产。承包经营土地的集体或者个人，有保护和按照承包合同规定的用途合理利用土地的义务。土地的承包经营权受法律保护。第 21 条规定：国家进行经

[1] 张千帆：《城市化不需要征地》，载《法学》2012 年第 6 期。
[2] 程雪阳：《论“城市的土地属于国家所有”的宪法解释》，载《法制与社会发展》2014 年第 1 期。
[3] 马克伟主编：《中国改革全书（1978-1991）土地制度改革卷》，大连出版社 1992 年版，第 16 页。
[4] 参见张千帆：《城市化不需要征地》，载《法学》2012 年第 6 期。

济、文化、国防建设以及兴办社会公共事业，需要征用集体所有的土地或者使用国有土地的，按照本章规定办理。1998 年《土地管理法》将这一推定推向了极致。该法第 43 条规定：任何单位和个人进行建设，需要使用土地的，必须依法申请使用国有土地；但是，兴办乡镇企业和村民建设住宅经依法批准使用本集体经济组织农民集体所有的土地的，或者乡（镇）村公共设施和公益事业建设经依法批准使用农民集体所有的土地的除外。

因此，正是通过立法者一步步的限缩，集体土地的所有权和使用权受到了根本性限制。建立在对集体土地所有权的限制和剥夺基础上，国家取得了对建设用地的供应垄断地位。

三、城市土地国家所有权的规范意义

前述第二部分，主要从实证的角度，梳理了八二宪法通过前后城市地权关系和结构变动的基本事实。本部分试图从规范的角度，分析城市土地国家所有的具体内涵。

（一）城市土地国家所有的实际功能

从前文的梳理来看，宪法第十条第一款城市土地属于国家所有这一条款，在实践中发挥的功能主要如下：(1)对八二宪法通过之前现存的城市私有土地的概括国有化；（2）对八二宪法通过之时公共用地的国家所有的法律确认；（3）隐含了八二宪法通过之后新建城区国家的土地征收义务。

除此之外，另有两点特别值得关注。即（1）这一条款实际上剥夺了私人拥有城市土地的可能。尽管这一内容无法从文字上推演而出，但八二宪法通过之后三十多年的实践表明，城市土地上任何私人所有权都无法获得承认；（2）由于国家所有权不能转让，其核心功能就演变为建立在对限制集体土地所有权基础上的征收前提：即由于土地管理法规定“任何单位和个人进行建设，需要使用土地的，必须依法申请使用国有土地”，严重限制了集体土地进入土地市场的可能性，要进入土地市场必须将集体土地转化为国有土地。

（二）二元土地所有制的正当性分析

尽管宪法确立了土地的国家所有制和集体所有制，但如前所示，国家所有权因欠缺最核心的处分功能而成为了一种不完整产权，其核心功能就依附于建立在建立在对限制集体土地所有权基础上的征收前提。尽管这一功能本身并非制宪者本意，但这已经成为一个广泛共识，成为了二元土地所有制的核心。这一功能实际上是由立法者通过诸多立法不断予以确立和强化，最终落实为“进行建设必须依法申请使用国有土地”这一不平等条款。

《土地管理法》第 43 条规定：任何单位和个人进行建设，需要使用土地的，必须依法申请使用国有土地；但是，兴办乡镇企业和村民建设住宅经依法批准使用本集体经济组织农民集体所有的土地的，或者乡（镇）村公共设施和公益事业建设经依法批准使用农民集体所有的土地的除外。这一规定被绝大多数人理解为限制集体土地入市的规范依据。但结合相关立法史料和法律背景，并辅之以目的解释，此条对于集体土地入市的规范障碍应可消解。

首先，结合相关立法史料，我们可以发现，（1）此条的主要意图在于强化土地用途管制，防止耕地流失。1994 年在审议城市房地产管理法法律草案的过程中，围绕集体土地使用权能否入市曾产生过激烈争论。全国人大法律委员会在研究了各方面的意见之后认为，“在这个问题上，必须认真贯彻党的十四届三中全会的精神，我国地少人多，必须十分珍惜和合理利用土地资源，加强土地管理，切实保护耕地，严格控制农业用地转为非农业用地。国家垄断城镇土地一级市场。同时本法应当与宪法和土地管理法相衔接，建议将草案第 9 条修改为‘城市规划区内的集体所有的土地，经依法征用转为国有土地后，该幅国有土地的使用权方可有偿出让’”。[1]（2）土地使用权市场改革的制度试验。在 1998 年土地修改法过程中，不少地方政府重新提出集体土地流转制度。最终的立法对集体土地流转施加了更为严格的限制，即形成了现在的第 43 条。立法者解释说，“由于我国的土地市场刚刚建立，政府管理土地市场的各项措施还不健全，加上前几年‘房地产热’、‘开发区热’造成大量的闲置土地，如果再允许集体土地进入市场，将又有大量集体土地变为建设用地，形成更多的闲置土地，国有土地使用制度改革也将难以进行”。[2]（3）此条隐藏的悖论在于对集体土地所有者的不信任。在尚未建立统一的城乡规划制度，且土地用途管制尚不健全的背景下，为防止农村集体将耕地变为建设用地，强调经由国家征收程序而实现集体土地的间接入市，具有一定的积极意义。

其次，从法解释学的角度来看，（1）法律并未明文禁止集体土地所有权人、使用权人进行土地开发权；（2）集体土地所有权人、使用权人对于集体土地开发权的行使要受到一定的限制（土地利用规划、建设用地总量控制、耕地保护政策等）。这是国家基于宪法和法律授权代表公权力所进行的管制；（3）第 43 条“必须依法申请使用国有土地”的解释：a.作为国家立法，《土地管理法》可以对自己所有（国有土地）设定义务，而不能对不属于自己的财产（集体土地）设定过多的义务； b.本条的重点应在“必须依法”，而非“国有土地”，本条不能兑换为“只能申请使用国有土地”；c.即使本条在客观上可能造成国家对于土地一级市场的垄断，其也能从土地利用管制的角度找到相应的正当性根据（耕地保护、合理利用等）；d,在国家立法未对集体土地开发

1 见房维廉主编：《中华人民共和国城市房地产管理法释义》，人民法院出版社 1994 年版，第 233 页。
2 见卞耀武主编：《中华人民共和国土地管理法释义》，法律出版社 1998 年版，第 176 页。

权作出明确禁令的背景下，基于“法无禁止即自由”以及土地所有权的完整权能，集体土地的所有权人可以自行制定集体土地开发权的转让规则。

最后，在建立了统一的城乡规划制度，土地用途管制日趋严格的背景下，以保护耕地为由由国家垄断土地一级市场的供应，违反了宪法和《物权法》确立的平等保护原则。尽管通过上述解释能在一定程度上消解其对于集体土地入市的规范制约，但为避免不必要的法律争议，建立通过修法对此条内容做出修改，强化其用途管制的功能。

（三）城市土地国家所有权的规范内涵

无论我们对宪法第十条第一款做何种解释，我们都无法回避城市土地国家所有权这一规范事实。先前的研究，侧重于从平等保护的角度质疑土地所有制二元结构的正当性，但这些研究主要还是从私法角度展开，未能全面揭示国家所有权的规范内涵。

1、政治内涵：消灭剥削

从制宪史来看，我国直到1982年才在宪法中第一次规定城市土地国有，就是因为当时很多城市私人土地所有者不仅利用所拥有的土地剥削他人，而且在政府为了公共利益征收私有土地时，漫天要价。根据我国《宪法》第6条第2款和第7条的规定，将生产资料主要源于土地和自然资源交给国有的目的就是社会主义目的，即为了消灭因为生产资料私有所带来的剥削，维护社会公平，因此国家应当保障国有经济的巩固和发展，进而国有的生产资料就应由国有企业来经营并将经营收益归属于全体人民。[1]“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。”“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。”[2]

2、私法意义

对于国家所有权的法律属性，私法学者多从私法的角度，认为国家所有权严重违背民法科学原理，其主体、客体、权利、义务及责任等民事法律关系五个基本要素均不明确和确定。因而主张尽速废止“童话式的统一唯一国家所有权”理论，代之以符合民法科学原理的公法法人所有权理论。[3]另有学者提出，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。国家所有权制度的建构应当超越私法的传统界域。[4]

1 肖泽晟：《宪法意义上的国家所有权》，载《法学》2014 年第 5 期。
2 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。
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（西北政法大学学报）》2013 年第 3 期。
4 参见马俊驹：《国家所有权的基本理论和立法结构探讨》，载《中国法学》2011 年第 4 期。

城市土地之上存在的国有土地所有权，其首先应当具备私法上的意义。这种意义至少体现为如下几个方面：（1）所有权的内容，包括占有、使用、收益和处分等多项权能。八二宪法通过之后在城市土地上开展的国有土地使用权制度改革，从最初的征收国有土地使用费（税），到后期的国有土地使用制度有偿出让，都体现了国家作为土地所有者的地位；（2）所有权的取得、内容、行使等应当于法有据，依法而为。如《土地管理法》（1986）第十条规定：依法改变土地的所有权或者使用权的，必须办理土地权属变更登记手续，更换证书。《物权法》第五章也对国家所有权的范围和内容作出了原则性规定；（3）这种所有权受到法律的保护。如《土地管理法》第十三条规定：依法登记的土地的所有权和使用权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。

然而以此关照城市土地的国家所有权，其私法权能存在严重不足：（1）大量国有土地未经过登记。特别是八二宪法通过之后因概括国有化而获得的原私有房产及部分公共用地。因未经登记，相关土地的权属是否已经发生改变，在理论上和实践中都存在争议。尽管《城市管理法》通过之后，国土部门发文要求："无论以何种方式取得的土地使用权，都必须向县级以上地方人民政府土地管理部门申请登记，不经登记的土地使用权不是依法设定的，不受法律保护，也不能对抗第三者。"但由于该文确立的是"申领制"且无硬性惩戒措施，而非依照职权主动登记，大量国有土地的使用并未办理国有土地使用权证。（2）国有土地所有权的行使方式，立法规定得并不明确。尽管实践中存在征收国有土地使用费（税）、土地出让和收取土地出让金、收回国有土地使用权等多种方式。但由于并无统一的意思形成机关和执行机关，作为主体的国家在行使所有者权利的方式受到极大限制。（3）国家所有权面临的最大限制是：其不能转让和处分。尽管在实践中实现了所有权与使用权的分离，国有土地的使用权可以依法转让，但是国有土地的所有权因丧失了最重要的处分权而变成了一种不完整的产权。

3、公法意义

城市土地的国家所有权设置，必然具备一定的公法意义。有不少学者受法国等大陆法系国家公法上所有权理论的影响，甚至提出了"公法上的所有权"概念，以区别于私法上的所有权。[1]如王克稳教授提出，"自然资源国家所有权实质上是国家对自然资源的管理权。"[2]这种观点值得商榷。

城市土地国家所有权的公法意义，至少体现为如下几个方面：（1）国家所有权的范围、内容等要由法律明确规定，非依法不得为之。比如我国宪法第九条、第十条规

[1] 参见尹山：《民法思维之展开》，北京大学出版社 2008 年版，第 296 页；谭柏平：《自然资源物权质疑》，载《首都师范大学学报》（社会科学版）2009 年第 3 期；王克稳：《自然资源特许使用权之论》，载《公法研究》第 11 辑，浙江大学出版社 2012 年版。

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

定了自然资源和土地的国家所有。除此范围之外，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。但是无论如何，关于国家所有权的范围、内容，必须且只能由立法（法律）作出规范；（2）国家所有权的行使，不同于私法上"意思自治"，其必须依法而为。这是源于国家所有权的代表者——政府，在行使权力时，必须遵守依法行政的原则和规则。如国有土地使用权的转让方式、土地出让金的确定、土地使用权的收回等，都必须依照法律规定行使之；（3）国家所有权的行使产生的法律责任，应通过公法手段寻求救济。此次行政诉讼法修改将行政协议产生的法律纠纷纳入行政诉讼的受案范围，在一定程度上回应了这一观点。

四、回归法治实践的合宪性解释

前述分析试图从实证和规范两个层面，解释八二宪法规定的城市土地属于国家所有的具体内容。这一解释并不完全强调学术和逻辑上的自洽，而是试图符合建国至今已经发生的历史和实践。以主要通过逻辑推演建构的学术理论来批判现实，即使不是有害的，也是意义有限的。但这不表明本文的解释必然是现实趋向而欠缺价值关怀。实际上，本文竭力反对的，乃是在强烈价值关怀指引下的法律解释，其不仅可能有违立法初衷，有违法规范的体系结构，更有可能有违鲜活生动的法治实践。

对城市土地属于国家所有的解释，应当首先兼顾历史与现实。这一条款既是一次立宪安排，重构了城市土地的宪制秩序，也是一次政治运动，通过宪法巩固和确认了中共成立以来改造社会的诸多成果。因此，对这一条款的解释，不能简单理解为是主权者运用制宪权所重构的地权秩序，而应将其放在中共建政、施政的历史长河中来考察。这一条款是中共践行反对剥削，建立平等地权秩序一次制度实践。当然，与历次土地改革一样，此次地权关系重构在理念、技术、手段等方面可能还存在欠缺，但其整体合法性不应受到质疑。

就其实际功能来看，这一条款所产生的效果可以分为两个方面：1、针对八二宪法通过之时的城市土地：（1）实现了私有土地的无偿国有化；（2）确认了公共用地和无主地的国家所有权；（3）不影响私人房产所有者的房产所有权。2、对于八二宪法通过之后新建成城市：（1）赋予了政府在城市扩展之后的土地征收权力和义务；（2）推动了国有土地所有权与使用权的制度性分离；（3）推动了国家对于建设用地的垄断地位。

就城市土地国家所有权的规范理解上，除了认可该制度设计的政治意涵外，其私法意义和公法意义都不容忽视。从私法角度来观察国有土地所有权，除了在主体、客

[1] 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。

体、责任等方面与传统民法理论存在冲突外，其在国有土地所有权的登记不充分，权利行使方式不完善和处分权欠缺，严重影响了国有土地所有权作为一种独立物权的功能。从公法角度来看，国家所有权的权利范围、内容，权利行使方式，法律责任等都应遵守行政法治的相关要求。现行立法在对国家土地所有权的规制方面，存在较多不足，亟待完善。

对八二宪法城市土地属于国家所有的宪法解释，不能单从字面和逻辑角度展开。其还需要回应的是宪法内部存在的规范冲突，社会主义的国家目标与保障人权之间，社会主义生产资料公有制与私有财产的保障之间存在的内在冲突。具体到对第十条第一款的解释方面，其可能需要面对：（1）城市私有房产下的土地属于生产资料还是生活资料？（2）即使原则上承认土地作为一种生产资料，土地所有制是否只能有国家所有制和集体所有制？土地所有制作为基本经济制度的一个方面，是否也可能贯彻“坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展”？（3）如果将该条款解释为“无偿概括国有化”，那么其与本宪法宣布的“公民的合法的私有财产不受侵犯”是否存在冲突？（4）国有化条款的政治目标在于结束剥削实现平等，但国家所有是否是实现平等的有效方式或最佳方式？如果存在经济学上的证明其他所有制更有助于实现此目标，城市土地国家所有的制度设计是否存在调整的空间和可能？本文只是提出上述规范冲突的可能，而没有能力对其作出解答。

“征地悖论”成立吗——八二宪法城市土地国有条款再解释

彭錞*

[摘要] 本文将八二宪法的城市土地国有条款置于历史与现实语境下，对其做一再解释。通过定义城市土地，本文揭示该条款对八二宪法生效时既存的城市土地和之后形成的城市土地的不同影响，并在此基础上提出当下被广泛接受的“征地悖论”难以成立。因此，我们无需通过质疑城市土地国有条款的正当性，要求将之废除或重新解释来解决土地城市化与征地公共利益前提之间的紧张关系。中国征地法律改革的真正难点在于农村集体土地用途管制与征地公共利益前提之间的矛盾。

[关键词] 八二宪法 征地条款 征地悖论

近年来，中国八二宪法第十条第一款“城市土地属于国家所有”的解释与适用成为学界讨论乃至辩论的焦点。究其原因，周其仁教授在十多年前提出的“征地悖论”起到了相当大的推动作用。所谓“征地悖论”，周老师的表述是：“现行土地法律规定了用于城市的农地必须全部转为国有制，同时也就把征地变成了农地转用的惟一合法形式”。“非公共利益性质的农地转用怎么办？不经过征地是违宪，因为转为城市用的农地如果还是集体所有就违背了“全部城市土地为国有土地”的宪法准则；征地也违宪，因为不合“为了公共利益才可征地”的宪法准则”。[1]严格来说，并非所有农地征收为城市土地都必然违背公共利益；同样的，并非任何农地征收为城市土地都必然符合公共利益。在此意义上，“征地悖论”所揭示的是八二宪法第十条下第一和第三款之间的冲突，即国家必须将一切农地征收为城市土地征收将不可避免地在一些情形下违反宪法公共利益前提。换言之，对征地行为是否符合公共利益的判断，将在很大程度上受制于城市土地国有条款的规定，因为只要是城市土地，无论具体目的，依据宪法都必须征收。

如何破解“征地悖论”？现有研究提出了几种解决方案，下文将详述。然须开宗明

*北京大学法学院博士后、牛津大学法学博士。

[1] 周其仁：《农地产权与征地制度——中国城市化面临的重大选择》，载《经济学季刊》2004 年第 4 期，第 197 页。

义的是，本文所提出的方案不同于现有文献：通过该八二宪法城市土地国有条款进行再解释，本文试图论证如下观点：城市土地国有化条款与征地公共利益前提之间"悖论"不需要解决，因为它并不成立。中国征地公共利益前提难以保证的原因另有所在。下文将从如下四个问题展开：第一，该条款究竟是所有权结构条款还是国有化条款？第二，该条款的合法性如何？第三，该条款的实际影响是什么？第四，"征地悖论"是否成立？

一．所有权条款还是国有化条款？

从马恩以降有关生产资料国有化的社会主义理论传统来看，中国八二宪法第十条前两款的规定是颇令人疑惑的。一方面，既然生产资料（包括土地）的国有化是长久以来所公认的社会主义要素，为什么中华人民共和国在建国之后三十多年才将该要素纳入宪法？为什么是 1982 年？尤其值得思索的是，这一社会主义要素并不是首先体现在意识形态色彩无疑更为浓厚的两部文革宪法中。另一方面，无论是社会主义理论，还是苏联的实践，均不区别城市和农村两类土地，而要求全盘国有化——为何中国的宪法只规定城市土地国有化？

事实上，这样一种土地所有权结构不仅在中国，而且在世界范围内都是前无古人、后无来者的。我们的问题是：它从哪里来？近年来，已有诸多研究就这一问题做了细致扎实的历史爬梳。[1]本文这一部分讨论将借鉴这些现有成果。

在探讨八二宪法"城市土地属于国家所有"条款的由来之前，我们有必要简述中国在 1982 年之前的城市土地管理体制。当中共于 1949 年全面接管城市之时，据统计，共有 20%的城市土地由外国资本家和官僚资本家所有，10%由民族资本家占有，剩余的 70%则由小业主所占有。[2]1949 到 1966 年间，依据土地所有者的阶级划分和土地利用状况，中共采取了三种截然不同的城市土地管理政策。[3]

首先，没收和国有化适用于外国资本家和官僚资产阶级所有的城市土地。[4]第二，对民族资本家所有土地的政策则更为缓和，即不立即没收，但进行社会主义改造。[5]一方面，就这两类阶级用于工业生产目的和大规模商业出租的土地，社会主义改造以公

[1] 较近的研究可见杨俊锋：《我国城市土地国有制的演进与由来》，载《甘肃行政学院学报》2011 年第 1 期。周其仁：《城市土地国有化之谜》，载《经济观察报》2012 年 10 月 15 日；周其仁：《城市土地国有化是全盘土地国有化第一步》，载《经济观察报》2012 年 10 月 25 日；程雪阳：《城市土地国有规定的由来》，载《炎黄春秋》2013 年第 6 期。更早的研究可见范亮：《谈城市的土地属于国家所有后的程序问题》（http://www.china-week.com/info/00612.htm），最后访问时间 2014 年 6 月 23 日。

[2] 李元（编）：《中国土地资源》，中国大地出版社 2000 年版，第 339 页。

[3] 郊区土地也适用类似的政策。见 1950 年 11 月 10 日公布的《城市郊区土地改革条例》。

[4] 1951 年 2 月 4 日《政务院关于没收战犯汉奸官僚资本家及反革命分子财产的指示》；1951 年 6 月 22 日《政务院关于没收反革命罪犯财产的规定》。

[5] 1956 年 1 月 18 日《关于目前城市私有房产基本情况及进行社会主义改造的意见》；1964 年 1 月 13 日国务院批转国家房产管理局《关于私有出租房屋社会主义改造问题的报告》。

私合营的方式进行。另一方面，就其低于政府规定规模的出租土地，社会主义改造的方式则是国家经租，这与公私合营本质上类似，都是国家代替原所有者出租房屋，将租金收入一少部分在一定时间内返还给原所有者。[1]原所有者被禁止退出国家经租，也自此丧失对土地的所有权。第三，对于民族资产阶级所有的、低于国家规定规模的出租土地和小业主的自住土地，国家并不直接干预。

值得注意的是，长期以来，由于官方使用"赎买"一词来指称公私合营等社会主义改造的方式，许多人以为社会主义改造更类似于有偿的买卖关系，而根本不同于土改中的无偿没收。这种认识是错误的，原因在于社会主义改造运动中，政府付给土地所有者的补偿并非自掏腰包。事实上，早在 1951 年，刘少奇在著名的"春耦斋讲话"中就明确表示"土地给代价不可能，这样大的面积不能用征购的办法"。[2]换言之，社会主义改造并非是党和政府通过自己付出什么代价从土地私有者那里强制换取土地。恰恰相反，实际操作中，所谓"赎买"的代价实质上是本属于私有者的土地在一段时间内所产生孳息的一部分。在这个意义上，社会主义改造和土改运动都是私有财产的无偿国有化，两者的唯一区别在于前者比后者更为缓和且给私有财产主保留部分财产收益的机会。

上述对不同类别的城市土地进行区别管理的政策在文革中被逆转。1967 年 11 月 4 日，《国家房管局、财政部税务总局答复关于城镇土地国有化请示提纲的记录》指出："无论什么空地(包括旗地)无论什么人的土地(包括剥削者、劳动人民)都要收归国有。"现实中，全国各地出现了大范围的私有土地和房产的没收。例如，据 1983 年 3 月 11 日北京市人民政府发布的《关于落实"文革"中接管的私房政策的若干规定》，文革期间，北京共有 5000 套、共 7650000 平方米的私有或出租房被没收，相当于解放初全市房屋总面积的三分之一。

尽管如此，当八二宪法于 1982 年 12 月通过时，私有的城市土地仍然存在。换言之，并非全部城市土地都已经在文革中被国有化了。这一点在 1978 年宪法中得到印证，该法第六条规定国家可以将城市土地收归国有。如果当时所有城市土地都已经国有，该条款就丧失了意义。此外，一个更为明确的印证来自 1982 年 3 月 27 日发布的《关于城市（镇）房地产产权、产籍管理暂行规定》。在该文件中，国家城市建设总局要求各地审查、确认房屋土地所有权，其中就包括私有房产。那么，是什么原因导致区区几个月后，八二宪法就宣布城市土地属于国家所有呢？

答案需要在八二宪法的立法过程中寻找。这方面，现有研究已经有相当充分的描

[1] 实践中，这种返还到文革开始就结束了。不同城市规定了不同的经租起算点。详见周其仁：《城市土地国有化之谜》，载《经济观察报》2012 年 10 月 15 日。

[2] 《刘少奇论新中国经济建设》，中央文献出版社 1993 年版，第 211-12 页。

述。在 1981 年 3 月之前的两个宪法草稿中，城市和农村土地所有权的条款还未出现。1981 年 3 月，宪法修改委员会秘书处建议在宪法第一章总纲中加入土地全民和集体所有的内容。这是因为当时的制宪者认为土地是至关重要的一种生产资料和自然资源，其所有权自五四宪法以来均没有在宪法中得到反映，应该纳入八二宪法。[1]到 1981 年末，我们今天所熟知的土地所有权结构条款就已经写进宪法草案。当年 12 月，宪法修改委员会副主任彭真对于这一内容写入宪法做了如下说明："关于土地所有权，过去宪法和法律没有明确规定，但历来对城市土地是按国有对待，农村土地是集体所有。这次宪法明确规定，城市的土地属于国家所有。农村和城市郊区的土地，包括个人使用的宅基地和自留地，除法律规定为国家所有的以外，属于集体所有。"[2] 类似的，根据 1982 年 2 月宪法修改委员会秘书处为委员会第二次全体会议准备的宪法修改草案（讨论稿）说明，城市土地国有是"我国实际情况的反映"。[3] 据此，该条款看似不过是对既成事实的一个宪法承认。

然而，基于前文所述，城市土地国有的规定不可能仅仅是对现状的描述——在八二宪法制定之时，城市土地私有的情况仍然存在。这是否意味着制宪者忽略或忘记了这一事实？答案是否定的。因为 1982 年 2-4 月间的宪法修改讨论记录表明，制宪者其实非常清楚城市土地部分私有的事实，但仍做出了城市土地全面国有的选择。[4]这是什么原因？

讨论中有两种关于土地所有权条款草稿的对立意见。一种意见认为不应该将农村土地留在集体手中。宪法应当规定所有土地国有，农民集体仅保留对农村土地的使用权。[5]这种意见的核心考虑在于农村土地集体所有将给国家建设带来重大障碍。例如，全国政协副主席荣毅仁指出："除城市外，绝大部分土地归集体所有，问题很大。现在开矿很困难。建军马场、开采石油等都涉及土地问题。"国防部部长耿飚认为："这个问题与军队关系很大。空军、海军的机场都在郊区或者农村。宪法应考虑到不妨碍国家建设和将来的发展。"[6] 其他人也提出了相似的意见，认为农地集体所有会给国家建卫星城、利用自然资源、开发新港口等建设造成阻碍。[7] 其中尤以国家科委主任方毅的意见为代表：

"这两种所有制的矛盾日益尖锐和严重。国家企业、事业要发展，要用地，而土地有限，郊区和农村土地归集体所有，变成了他们向国家敲竹杠、发洋

[1] 程雪阳：《城市土地国有规定的由来》，载《炎黄春秋》2013 年第 6 期，第 38 页。
[2] 同上。
[3] 许崇德：《中华人民共和国宪法史》，福建人民出版社 2003 年版，第 619 页。
[4] 相关记录见上引，第 18 章。
[5] 同上，第 645，680 页。
[6] 同上，第 637 页。
[7] 同上，第 680 页。

财的手段。一亩地索要上万元，靠卖地生产队可以安排社员一辈子、三辈子都过好日子，不需劳动了。草案虽然规定'任何单位和个人不得买卖'，他可以变相卖地，提出交换条件，如给他办工厂，招收农民当工人，包养到死。矛盾发展到武斗，你盖他就拆。科学院盖房用地，付了三次钱，国家财政开支成了无底洞。现在国家盖房要比登天还难，而农民自己盖房，却大量占用好地。郊区农民自盖旅馆的很多，有的大队不种地，单靠出租旅馆赚大钱。这样下去，富了农民，穷了全民，矛盾越来越尖锐。我国矿藏发现较少，发现了要开采就与农民发生矛盾，要花很大代价，限制了国家的发展。因此，建议土地一律归国家所有，集体只有使用权。这个问题是理论上、实践上面临的一个很大的问题，很值得权衡利弊得失，全面探讨研究。"[1]

值得注意的是，方毅和其他人的上述担心绝非毫无依据。在 1980 和 1981 年全国人大的几次会议上，许多代表提出应尽快制定土地征用方面的法律来解决农民或集体漫天要价、阻碍国家征地的问题。[2] 事实上，早在 1956 年，毛泽东就曾指出：

"早几年，在河南省一个地方要修飞机场，事先不给农民安排好，没有说清道理，就强迫人家搬家。那个庄的农民说，你拿根长棍子去拨树上雀儿的巢，把它搞下来，雀儿也要叫几声。邓小平你也有一个巢，我把你的巢搞烂了，你要不要叫几声？于是乎那个地方的群众布置了三道防线：第一道是小孩子，第二道是妇女，第三道是男的青壮年。到那里去测量的人都被赶走了，结果农民还是胜利了。"[3]

颇为讽刺，但也许并不令人吃惊的是，毛泽东这段发言体现了在社会主义建设热情最高涨的年代，国家征地也绝非总是受到农民的欢迎——如果没有满意的补偿和安置，农民并不把接受国家征地视为理所当然。进入八十年代，当中共将自身工作重点转移到经济建设上时，国家开始大规模的非农业建设，对农村土地的需求迅速增加。在此背景下，征地和农地集体所有之间的矛盾变愈发突出。为了减少农民抵抗、促进国家建设，部分制宪者急迫地感到有必要实行土地全盘国有化。这正是作为社会主义标志的土地国有政策直到 1982 年才正式写入宪法的现实动力。

与此相对，另一种观点认为农村土地应留在集体手中。如前所言，这种土地部分

[1] 同上，第 644-45 页。
[2] 《中华人民共和国第五届全国人民代表大会第三次会议提案及审查意见》，第 408，469 页；《中华人民共和国第五届全国人民代表大会第四次会议提案及审查意见》，第 1838 页。严格来说，1958 年《国家建设征用土地办法》在当时并未被正式撤销，从理论上讲仍然继续有效。但现实中，该办法于文革期间不再被使用。这一点为 1982 年 4 月 28 日《关于<国家建设征用土地条例（草案）>的说明》所印证。
[3] 《毛泽东选集》，人民出版社 1977 年版，第 325 页。.

国有化的观点与经典的社会主义理论实践是相违背的。但持该论者提出了三点实际考虑。首先，农村土地国有化并不会解决农民抗拒征地的问题，因为征用国有土地也需要给补偿，也会遇到抵抗。时任中央军委副主席杨尚昆指出："土地即使国有，扯皮也解决不了。城市土地国有，天津街道拆迁时有 3 户硬不搬。北京广安门也有这种情况。"[1] 其次，全国人大常委会法制委员会副主任杨秀峰认为在解决以下几个问题之前，国有化没有意义："土地归国有，如何管理？谁来使用？管理很复杂，还有干部的情况。"因此，他认为"国有的问题不是当务之急……国有的问题没有必要，也不急于搞。"[2] 第三，最重要的是，宪法修改委员会的两位领导人胡乔木和彭真都认为将原属农村集体所有的农地转为国有将引起不必要的震动。前者指出："如果规定农村土地一律国有，除了动荡，国家将得不到任何东西。"后者则说得更为直白："我们民主革命没收封建土地分给农民，现在要把农民的土地没收归国有，这震动太大"；"农村、镇、城市郊区的土地属于集体所有，这样，震动小一些"。[3]

需要指出，在目前可见的宪法修改讨论记录中，没有任何人曾经对城市土地国有提出过反对。这并不是说全体制宪者都相信所有城市土地在当时都已被国有化——恰恰相反，时任最高人民法院院长江华在 1982 年 4 月指出："宅基地，大城市与中小城市有区别；房改了的与没有房改的，二者也有区别。一下子国有，这些区别全没了。"[4]回顾前文所述的中共解放后的城市土地政策，我们不难理解江华此处所讲的房改与未经房改的城市宅基地之区别正是国有和私有的差别。他所担心的，正是宣布城市土地国有将抹杀这一依旧存在的差别。我们由此可以推断八二宪法城市土地国有条款并非一个制宪者误信城市土地已经国有化的结果。根据上文论述，它是制宪者出于诸种现实考虑对全盘国有化主张的一个妥协，即部分国有化。在这个意义上，八二宪法中城市土地国有的条款不应仅被视为关于土地所有权结构的安排，而应视为一个土地国有化条款。

二．八二宪法城市土地国有条款合法性之争

近年来，学界对于城市土地国家所有这一条款的合法性出现了两种不同意见。主流意见认为该条款合法性很成问题，其理由有三。第一，如前所述，全盘国有化的政策首先在文革中被提出，有论者指出八二宪法国有化条款是继承了本应摒弃的文革遗产。[5] 第二，由于此次国有化既没有向城市土地所有者征询意见，也未支付任何赔偿，且缺乏明文法律基础，有论者认为国家无权仅仅通过宣布就剥夺公民私有的城市土

[1] 前引⑩，许崇德书，第 681，666 页。胡乔木和彭真也有类似的意见。
[2] 同上，第 681 页。
[3] 同上，第 666, 681-82 页。
[4] 同上，第 681 页。
[5] 程雪阳：《城市土地国有规定的由来》，载《炎黄春秋》2013 年第 6 期，第 41 页。

地。[1] 第三，有论者提出用于居民自住的城市土地应该归类为生活资料，而非生产资料。因此，社会主义国有化的对象不应覆盖此类土地。[2] 另一方面，少数意见认为八二宪法国有化条款的合法性不存在瑕疵，原因在于它本质上是一种修宪权的行使。只要权限、程序适当，国家有权通过修改宪法的方式无偿剥夺城市土地上的私有权利。[3]

笔者赞同少数派的观点，但是基于不同的理由。毫无疑问，八二宪法将城市土地国有化当然是通过修改宪法来完成的。但这一点仅仅触及了问题的表面，而且仅仅在形式上——而非实质上——证成了八二年土地国有化的合法性。更深层次上，笔者认为，八二宪法国有化条款是在行使国家作为主权者所固有的征地权力。在这一点上，八二宪法下的国有化与历史上的土改和社会主义改造没有任何区别。诚然，这并不是说历史在简单地自我重复。首先，1982 年土地国有化的具体目的不再是社会革命，即对生产资料所有制的系统性更新，而是经济建设和发展，尤其是非农业领域的建设和发展。第二，与之前的两次革命不同的是，1982 年的国有化并未经历大规模的全国性动员与运动。第三，笔者在另文中曾专门论证五四宪法征地条款中的收归国有意涵了当时正筹备中的社会主义改造运动。[4]因此，社会主义改造可谓是依宪运动。与此不同的是，1982 年的国有化则不是由之前的宪法即 1978 年宪法所规定。第四，土地改革运动具有明文法律基础，即 1947 年《中国土地法大纲》和 1950 年《土地改革法》。相反，1982 年的国有化并没有任何法律基础。第五，1982 年土地国有化包含了全部的城市土地，其范围要广于五十、六十年代的未涉及私人自住房地的社会主义改造运动。

即便如此，上述差异并不使得八二宪法下的城市土地国有化之合法性逊于之前的两次革命运动。理由如下。首先，土地国有化具体目的的改变并不影响国家行使其固有的征地权力。其次，即使没有经历全国性的长期运动，1982 年的国有化也绝非在民众毫不知情的情况下，一夜之间将私有城市土地宣布殆尽。事实上，1982 年 4-8 月间，包含有国有化条款的宪法修改草稿被公布以征求社会意见。据统计，两个月内，宪法修改委员会秘书处共收到 1538 封意见和建议来信[5]，其中就有不少关于国有化条款的评论。如北京王永泉等提出"宅基地是属于个人的，不应归国家或集体所有。"[6]第三，土地改革运动并没有任何宪法基础，而社会主义改造运动则缺乏法律基础，总体依据党的政策来开展。这两点都属于中共在二十世纪革命史中的基本政治法律特点。

[1] 杨俊锋：《我国城市土地国有制的演进与由来》，载《甘肃行政学院学报》2011 年第 1 期，第 105 页；周其仁：《农地产权与征地制度——中国城市化面临的重大选择》，载《经济学季刊》2004 年第 4 期，第 197 页。
[2] 周其仁：《城市土地国有化之谜》，载《经济观察报》2012 年 10 月 15 日。
[3] 张睿：《82 宪法中土地所有权条款的正当性基础》，载《法制与社会发展》2013 年第 2 期，第 91 页。
[4] 见彭錞：《五四宪法征地条款：迷思、真相与内在张力》（未刊稿）。
[5] 前引⑩，许崇德书，第 719 页。
[6] 同上，第 721 页。

第四，八二宪法国有化条款绝非文革遗产，理由有二。一方面，制宪过程记录显示，在讨论城市土地收归国有这一问题时，甚至没有任何人谈到过文革的国有化政策。另一方面，更重要的是，自马恩以降，土地国有就一直是社会主义理论的基本主张，在土改和社会主义改造运动中也为中共所实践，其绝非文革之发明创造。如前所言，八二宪法所做的无非是将这一传统宪法化。更重要的是，如上所述，此次国有化并不主要由意识形态所驱动，而是基于现实考量的一种妥协，与文革完全无关。

第五，在社会主义理论中，土地一直被视作生产资料的典型内容。如《共产党宣言》不区分作为生产资料的土地和生活资料的土地，而一般性地主张废除土地私有制。在中国，1954 年宪法（第十三条）、1975 年宪法（第六条）和 1978 年宪法（第六条）都把土地划分为非生产而非生活资料。这当然不是说土地不能用于生产之外的目的，如居民住房，后者在社会主义理论中无疑是一种生活资料。但这恰巧印证而非否证了土地作为一类劳动对象，即一种生产资料，通过与人类劳动的混合能创造出生活资料，即住房。1979 年的《全国农村房屋建设工作会议的报告》指出“社员的住房，属于生活资料，产权应归社员所有”，但并未表示土地也属生活资料。事实上，社会主义改造运动之所以不触动私有自住房地产的原因并不在于该类房地产被视为生活资料。1949 年 8 月 11 日《人民日报》刊登的《关于城市房产、房租的性质和政策》指出：

> “城市房屋问题却与此（农村土地制度）不同。房屋不是自然物，而是劳动的产品。在商品生产的社会里，房屋就是一种商品，建筑房屋需要一定的投资，而且要经常出资加以修缮，当利用房屋的投资收取租息时，它就成为一种资本。因此城市里私人房主对房屋的占有，一般地不是封建性质，而是资本主义性质的。在新民主主义革命时期，这种资本主义性质的房屋所有权，应当和其他官僚资本以外的私人资本的所有权一样地受到保护。至于和城市房屋相联系的地产的占有，因为城市土地有填平整理关系，有若干投资在内，并且经过几次手的买卖，其情形比较复杂，且已构成房产资本的不可分离的一部分，和农村土地不同，因此目前亦应暂不处理。”

据此，中共和人民政府对私人自住房地产采取的政策是“承认一般私人所有的房产的所有权，并保护这种产权所有人的正当合法经营”。之所以采用这种政策，原因在于：

> “只有这样，才能使城市居民有足够的房屋可住。如果不采取这样的方针，而采取相反的方针，如象土地改革运动中某些个别城市曾错误地实行的没收房屋，或不确定、不保护房屋所有权，不问具体情况，无条件、无限制地强制压低房屋租额等办法，结果就会造成城市房屋的破坏。当修盖房屋无利可图而房屋所有权又无可靠保障时，不仅没有人愿意花钱去盖新房屋，而且连旧有的房屋也会没有人管、没有人修，甚至任意拆卖；结果使得人民没有足够的房子住，对于人民反而极为不利。”

可见，社会主义改造运动范围的限缩不过是一种出于实际考虑的权宜之计，而不可能符合土地国有的社会主义目标。实际上，上述说明文章就表示：“应当把所有城市房屋看作社会的财产，加以适当的监护。这样才能使城市房屋日渐增多，人民的居住不发生困难，给将来社会主义的房屋公共所有权制度，造下有利的条件。”可见，城市土地全盘公有一直是中共的政策愿景，范围受限的社会主义改造运动只是第一步。

综上，笔者认为，1982 年的土地国有化之合法性与历史上的土地改革和社会主义改造运动并无二致。如果要挑战前者，就必须连带质疑后者。理论上讲，这当然可能。但目前为止，批评 1982 年国有化的论者还没有人公开主张土改和社会主义改造运动的合法性也有问题。笔者以为，他们提出这种主张的可能性也非常小。个中原因在于批评 1982 年国有化合法性的论者很大程度上是“醉翁之意不在酒”——他们所关心的并非八二宪法第十条第一款宣布城市土地属于国家所有作为一个历史事件的合法性，而是该条款与第十条第三款所规定的征地公共利益前提之间的矛盾。这正是周其仁教授在十年前提出的所谓“征地悖论”。[1]这一观点眼下已然为学界普遍接受：“城市土地属于国家所有”和国家依据公共利益征收集体土地两者之间存在天然的紧张关系——并非任何将农村集体土地转变为城市土地的决定都必然出于公共利益。为了解决这一“征地悖论”，众多论者通过批评八二宪法国有化条款之合法性的办法来主张废除或重新解释该条款。[2]

笔者完全理解诸多学者的上述担忧与努力，但不赞同其提出的解决方案。这是因为破解“征地悖论”并不需要否认八二宪法国有化条款的合法性。下文将论证的是，八二宪法征地条款不要求农村土地转变为城市土地时必然经由国家征地。已成常识的“征地悖伦”难以成立。

三. 八二宪法国有化条款的遗产

1. 定义“城市土地”

[1] 周其仁：《农地产权与征地制度——中国城市化面临的重大选择》，载《经济学季刊》2004 年第 4 期。
[2] 程雪阳：《公法视角下的中国国有土地产权制度》，载《中国土地科学》2011 年第 3 期，第 20 页；郑振源：《城市土地应不仅属国家所有》（http://finance.jrj.com.cn/opinion/2012/10/15185714515992.shtml），最后访问时间 2014 年 7 月 1 日；蔡继明：《我国土地制度改革的顶层和系统设计》（http://www.sdny.gov.cn/art/2014/4/25/art_1794_365774.html），最后访问时间 2014 年 7 月 1 日；程雪阳：《论“城市的土地属于国家所有”的宪法解释》，载《法制与社会发展》2014 年 第 1 期。

早在 1982 年，当宪法修改草案被公之于众、征求意见之时，来自湖南省建委办公室的吴民瑞就指出：草案第十条规定“城市的土地属于国家所有”，这个规定“概念难解释清楚，执行时也不好办”。原因在于：第一，现有城市的市区范围是不断变化的，今后可能扩大；第二，新发展的市区与原有郊区很难准确地划分清楚；第三，今后还将有越来越多的县镇和工矿区升级为城市。这些新增城市的土地以前属于集体所有，批准为市后是否就变成为属于国家所有呢？[1]他在这里提出了两个非常重要的问题：如何界定和划分“城市土地”？八二宪法国有化条款对城市土地的实际影响到底是什么？颇为诡异的是，这些重大问题并没有得到制宪者的直接回答。让我们依次给予解答。

八二宪法以来，“城市土地”的含义从未获得任何公开权威解释。一个有价值的官方解释可见于全国人大常委会法制工作委员会于 1998 年出版的《中华人民共和国土地管理法释义》。该释义针对的是 1998 年修订的《土地管理法》。其中指出 1998 年《土地管理法》第八条规定基本上维持了 1986 年《土地管理法》第六条的规定，未作实质性的修改。而 1986 年《土地管理法》第六条关于国家和农民集体所有土地范围的规定则和 1982 年宪法第十条所规定的精神完全一致。[2]据此，我们有充分理由将全国人大法工委对 1998 年《土地管理法》第八条的解释作为定义八二宪法国有化条款中“城市土地”之间接但可靠的依据。

与 1986 年《土地管理法》第六条一样，1998 年《土地管理法》第八条规定“城市市区的土地”属于国家所有。八二宪法中的“城市”由此被替换为“城市市区”。那么，什么是“城市”？什么又是“市区”？上述全国人大法工委的解释指出：根据 1989 年《中华人民共和国城市规划法》第三条第一款的规定，“城市”是指“国家按行政建制设立的直辖市、市、镇”。“市区”，我国现行的法律还没有给予一个确切的定义，但在实践中，一般理解为城市的建成区。

以上定义有三点值得注意。首先，在中国设立城市本质上是一个行政决定。根据 1985 年《国务院关于行政区划管理的规定》第四、五条，国务院负责审批省、自治区、直辖市和市的设立，省级政府则负责审批市以下行政建制的设立。因此，八二宪法中的“城市”更多是一个行政管理上的概念，而非对特定区域社会经济发展状况的描述。其次，正因为第一点，一个通过行政决定设立的中国城市在其辖区内往往既包含了城区也包括从社会经济发展水平来看仍属于郊区或农村的区域。这也是为什么八二宪法中的“城市”需要在 1986 和 1998 年《土地管理法》中进一步细化为“城市市区”的原因——两者并非同义词，后者范畴小于前者。第三，正如全国人大法工委权威解释

[1] 前引⑩，许崇德书，第 721 页。
[2] 卞耀武，李元（编）：《中华人民共和国土地管理法释义》（法律出版社 1998 年版），第 59 页。

所指出的，“城市市区”实践中通常被理解为“城市的建成区”——什么是“城市建成区”？根据现行 1998 年版《城市规划术语标准》，“城市建成区”是指“城市行政区内实际已成片开发建设、市政公用设施和公共设施基本具备的地区。”这是在排除了行政划分的干扰之后，对一个城市辖区内经济社会发展水平已经城市化了的区域的最佳描述。[1]

显然，上述对城市土地范围的界定是动态的，它会随着现有城市的扩张和新城市的建立不断变化。在中国的城市规划体制下，城市规划是城市发展的先导性指南。在一个区域被实际开发变成城市建成区之前，该区域首先会在城市规划图中被划定为“规划控制区”。简言之，今天的城市建成区是昨天的规划控制区，而今天的规划控制区则将是明天的城市建成区。因此，从动态视角来看，城市土地具有两种形态：城市建成区是实际的城市土地，规划控制区则是潜在的城市土地。两者共同被称为“城市规划区”。[2] 在此意义上，八二宪法国有化条款中的“城市土地”理论上指的正是城市规划区内的土地，包括那些已经开发了的建成区的土地以及根据城市规划预计将要开发的规划控制区内的土地。接下来的问题是：八二宪法“城市土地属于国家所有”的规定对此类土地有何实际影响？

这一问题的答案分为两个层面。其一是该条款对八二宪法生效时（1982 年 12 月 4 日）已经存在了的城市土地的影响。另一方面是该条款对于八二宪法生效以后形成的城市土地的影响。下文将依次详述。

2. 八二宪法国有化条款对既存城市土地的影响

根据上文给出的定义，在八二宪法生效时就存在的城市土地可以做广义或狭义理解。广义包括两类，第一类是当时的城市建成区的土地，第二类是当时的规划控制区内的土地。狭义上则仅指前者。基于以下两点原因，我认为制宪者所指的在八二宪法生效之时既存的城市土地应该是狭义上的。这是因为一方面，中国的城市规划在文革时期基本停止。[3] 直到 1980 年底，国务院在《全国城市规划工作会议纪要》中才重新要求全国各城市编制城市总体规划和详细规划，并力争在 1982 年底以前完成。然而事实上，绝大部分城市的规划制定工作直到 1986 年才完成。[4] 因此，在 1982 年 12 月宪法通过之时，大部分中国城市是没有城市规划的。例如，北京城市总体规划于 1983 年 7 月才得到国务院批准。上海的城市总体规划则迟至 1986 年才获批。这就意味着这些还没有编制城市规划的城市根本不存在什么规划控制区。另一方面，在 1982 年底宪法通过之前，中国确实有部分城市完成了城市规划编制，例如沈阳、合肥和长

[1] George C.S. Lin, *Developing China: Land, Politics and Social Conditions* (Routledge 2009), p 15.
[2] 1984 年《城市规划条例》第 29 条；1989 年《城市规划法》第三条；007 年《城乡规划法》第二条。
[3] 谭纵波：《城市规划》（清华大学出版社 2005 年版），第 412 页。
[4] 同上，第 413 页。

沙等。但现实情况是这些城市纳入规划控制区的土地并没有因为八二宪法的通过而自动被收归国有。比如沈阳当时的城市规划期为 1979-2000 年——我们无法想象，而且现实也并没有发生这样的情况：当地划入规划控制区的全部土地都被八二宪法所国有化了。在这种情况下，我们有理由认为八二宪法通过时既存的城市土地指的就是当时已经被开发的城市建成区。

紧接着的问题是：八二宪法国有化条款对这类城市土地产生了何种影响？目前的学界共识认为，尽管八二宪法生效之前仍为私有的土地就此被国有化，但这并不立即剥夺原私有者对土地的占有和使用权。换言之，八二宪法国有化条款不影响当时既存城市土地由原主持续使用。很大程度上，这也解释了为什么这一条款在当时没有引起大的震动和反对。事实上，这一城市土地所有权国有化、使用权照旧的宪法安排，近七年之后才正式获得下位法的认可。国家土地管理局 1989 年 7 月 15 日印发的《关于确定土地权属问题的若干意见》第十五条规定："凡依法经国家征用、划拨、解放初期接收或通过继承、接受地上建筑物等方式合法使用国有土地的，可以依照规定确定其国有土地使用权。"但这仍没有正面说明八二宪法国有化之后原所有者对其土地享有何种权利。1990 年 4 月 23 日国家土地管理局对最高人民法院关于城市宅基地所有权、使用权等问题的复函给出了一个更为直接的答案："我国 1982 年宪法规定城市土地归国家所有后，公民对原属自己所有的城市土地应该自然享有使用权。" 1995 年 3 月 11 日国家土地管理局发布的《确定土地所有权和使用权的若干规定》第二十八条则进一步从法律上确认了这一点："土地公有制之前，通过购买房屋或土地及租赁土地方式使用私有的土地，土地转为国有后迄今仍继续使用的，可确定现使用者国有土地使用权。"据此， 1982 年的国有化对私有产权的冲击要比之前的土改和社会主义改造运动更小。

然而我们并不能就此得出结论说八二宪法国有化条款的影响仅仅是名义上的。尽管不要求国家对土地所有者付给补偿或剥夺其占有、使用土地的权利，其影响仍然是实质性的。这种影响集中体现在国有化后的土地，国家收回时行使的不再是需要补偿的征收权，而是无偿的国有土地收回权。事实上，我国自 1950 年代开始，国家收回国有土地使用权都是不给补偿的。如 1950 年《村镇建房用地管理条例》第十三条规定："国家为市政建设及其他需要收回由农民耕种的国有土地时，应给耕种该项土地的农民以适当的安置，并对其在该项土地上的生产投资（如凿井、植树等）及其他损失，予以公平合理的补偿。"这里并没有提到补偿农民的国有土地使用权。1953 年《国家建设征用土地办法》第九条规定："征用公有土地及城市郊区国有土地时，对耕种该土地的农民亦应依其生活情况适当予以补助。该土地上的附着物和农作物同样按第八条第二项规定办理。"这里也没有提到对国有土地使用权的补偿。类似的规定也可见于 1958 年《国家建设征用土地条例》第十八条。改革开放之后，无论是 1991 年或

2001 年的《城市房屋拆迁管理条例》还是 2011 年《国有土地上房屋征收与补偿条例》，均没有规定国家收回国有土地使用权需要对使用权本身给予补偿。

也许令人困惑的是，这一制度从来没有获得官方的说明，我们必须在历史背景中理解。它来源于前苏联土地法。前苏联于 1936 年建成社会主义、土地全面国有化之后，规定国有土地可以被国家收回。除了对地上附着物的成本进行补偿以外，苏联土地法并不要求对使用权进行补偿。之所以这样规定，原因是在前苏联，国有土地使用权作为国家无偿分配的对象，在收回时自然无需给予原使用者任何补偿。[1] 类似的，1982 年国有化之后，原土地所有者继续享有的使用权在中国也并不被视为其土地所有权的剩余或延续，而是经由国家无偿分配而获得的权利。因此，国家在收回这项本没有付出代价的权利时，自然也无需补偿。值得注意的是，由于我国国有土地使用权在 1980 年代末后开始有偿出让，对于那些在出让期满之前收回的国有土地使用权，1994 年《城市房地产管理法》第十九条和 2007 年《物权法》第一百四十八条都规定国家应给予补偿或退还相应的出让金。但这一制度显然不适用于土地私有者在 1982 年国有化之后对其原来所有的土地享有的使用权。因此，他们的此类使用权被国家收回时并不能获得补偿。总体而言，通过降低收回国有土地使用权的成本，八二宪法国有化条款的确在相当程度上实现了制宪者减少国家征地阻力的意图。

3．八二宪法国有化条款对宪法生效之后形成的城市土地的影响

与上一种情况不同的是，就八二宪法国有化条款对 1982 年以后所形成的城市土地究竟有何影响，学界远没有达成共识。在这方面，大致有三种观点。第一种观点认为根据该条款，八二宪法生效以后纳入城市规划区内的土地应自动被国有化。[2] 第二种观点认为此类土地不会被自动国有化，但国家有义务最终将之征收。第三种观点则认为该类土地既不会被自动国有化，国家也没有义务将其征收。笔者认为第三种观点是符合制宪者原意和现实情况的。理由如下。

认为八二宪法国有化条款将使城市规划区内土地自动被收归国有的观点面临两大问题。首先，它与现实不符。八二宪法生效以后，绝大多数情况下，集体土地并不会仅仅因为被划入城市规划区而自动被收归国有。就笔者的阅读所及范围，这方面的唯一例外在于 1992 年河南省济源市《关于城市规划区内集体土地国有化有关问题的

[1] F.J.M. Feldbrugge, G.P. Van den Berg and William B. Simons (eds), Encyclopedia of Soviet Law (2 edn, Martinus Nijhoff Publishers 1985), p 438; William B. Simons (ed) *The Soviet Codes of Law*, vol 23 (Sijthoff and Noordhoff 1980), pp 879-80.

[2] 王维洛：《1982 年的一场无声无息的土地"革命"——中国的私有土地是如何国有化的？》（http://www.modernchinastudies.org/us/issues/past-issues/98-mcs-2007-issue-4/1027-1982-.html），最后访问时间 2014 年 6 月 23 日。

通知》（济政[1992]92 号）规定："城市规划区内集体土地从一九九二年十二月三十一日起变为国家所有，实行国有化管理。"该文件同时规定："国家建设未使用的土地，仍由当地居民委员会使用。"[1]我们不难发现这一地方性规定与前文所分析的八二宪法国有化条款对宪法生效时既存的城市土地之影响高度相似。实际上，济源市政府该项规定所引用的正是城市土地国家所有条款。这是否是对该条款的正确理解和运用？笔者认为答案是否定的——严格说来，济源市 1992 年的文件违反了宪法。这是因为 1954 年（第十三条）、1975 年（第六条）、1978 年（第六条）三部宪法中均规定国家有权将土地收归国有，这一规定在八二宪法中不复存在。此项改变在现有研究中从未被涉及，也没有任何关于其原因的解释。在前文分析的基础上，笔者提出以下两点理由。其一，如上所言，土地国有化的权力曾经在土改运动和社会主义改造运动中被运用。五四宪法制定时，尽管土改已经结束，但社会主义运动正在积极酝酿之中，故五四宪法征地条款（第十三条）明文规定国家有把土地收归国有的权力。但到了 1982 年，中国并没有进行或打算进行任何土地国有化的革命运动，因此国有化权力无须再被写入宪法。其二，改革开放初期，在多年的封闭以后，中国急需来自海外的投资来刺激经济腾飞。国有化无疑构成对海外投资者信心的重大障碍。因此，作为改革开放之后首批法律之一，1979 年 7 月 1 日公布的《中外合资经营企业法》第二条明确承诺："国家对合营企业不实行国有化"。在此背景下，我们有理由认为八二宪法制定者在拟定征地条款时有意地去掉了收归国有这一项。

与本文主题关系更密切的一点是，八二宪法征地条款中去除国有化权力是一项意义重大的宪法变化。尽管它并不意味国家自此放弃了作为主权权力的土地国有化，但它的确表明国有化作为一种成文宪法上的权力被正式取消。换言之，自八二宪法以后，国家不能再搞土地国有化的同时称其符合成文宪法。这是城市规划区内土地不会被自动被收归国的第二个原因。

这方面也许存在一个反例。1998 年《土地管理法实施条例》第二条第五款规定："下列土地属于全民所有即国家所有：（五）农村集体经济组织全部成员转为城镇居民的，原属于其成员集体所有的土地"。近年以来，我国一些地方政府援用该项规定，通过重新划分农村居民的户口类型，以"村改居"的方式进行土地国有化。[2] 例如，2002 年 5 月 4 日《广州市关于"城中村"改制工作的若干意见》规定："实施改制的'城中村'，在农民成建制转为城市居民后，村行政管辖范围内的剩余集体土地，按《中华人民共和国土地管理法实施条例》第二章第二条第（五）款的规定，一次性转为国有土地，

[1] 转引自"吕玲茹与济源市人民政府土地行政许可纠纷申请再审案"（http://210.73.66.144:4601/law?fn=cas173s914.txt&truetag=338&titles=&contents=&dbt=cas），最后访问时间 2014 年 7 月 1 日。

[2] 最早发现这一问题的文献见陈甦：《城市化过程中集体土地的概括国有化》，载《法学研究》2000 年第 3 期。

其合法土地使用权人和用地功能性质不改变，原农用地承包继续享有国有农用地的承包经营权，对转制后的土地使用权人核发国有土地使用证。"2004 年 6 月 26 日深圳市《深圳市宝安龙岗两区城市化土地管理办法》第二条规定："根据《中华人民共和国土地管理法实施条例》的相关规定，两区农村集体经济组织全部成员转为城镇居民后，原属于其成员集体所有的土地属于国家所有。"两者的区别在于广州仅仅是名义的土地国有化而不涉及对土地使用的直接改变——这一点与八二宪法类似。相反，深圳实施的则是实际的土地国有化。根据前引办法第十二条，"自签订补偿协议或作出补偿决定之日起 30 日内，土地由国土管理部门接收，统一纳入土地储备管理。继受单位和个人未经国土管理部门批准不得继续使用，其它任何单位和个人亦不得非法占用。"根据第六条，"补偿费用包括土地补偿费、青苗补偿费和地上附着物补偿费"。需要注意的是，这里的补偿规定并不表示深圳事实上是在进行土地征收。因为从补偿内容来看，深圳的上述办法并不包含安置补偿费这一《土地管理法》第四十七条明定的土地征收补偿款项。所以从法律性质来讲，深圳并不是在实施征收，而是一种含有补偿的国有化。总体而言，部分地方政府的此类实践表明，它们认为在八二宪法生效之后，国家仍能以改变居民户口性质的方式来进行土地国有化。

然而这样一种对相关法律的理解是不准确的。2005 年 3 月 4 日，即深圳宝安、龙岗两区土地国有化之后不到一年，《国务院法制办公室、国土资源部关于对〈中华人民共和国土地管理法实施条例〉第二条第（五）项的解释意见》就明确表示相关规定"是指农村集体经济组织土地被依法征收后，其成员随土地征收已经全部转为城镇居民，该农村集体经济组织剩余的少量集体土地可以依法征收为国家所有。"显然，中央法制和业务主管部门的权威解释封锁了地方政府借《土地管理法实施条例》第二条第五款进行土地国有化的渠道——农村土地只能被征收，不能被以任何方式收归国有。事实上，对以"村改居"推动集体土地国有化的做法，中央在过去十年内曾多次发文禁止。[1]据媒体报道，国务院法制办和国土资源部虽然事后接受了深圳的做法，但其意见是"不宜模仿"、"下不为例"。[2] 诚然，从 1998 年《土地管理法实施条例》至 2005 年中央有关部门做出上述说明之间隔了七年时间。也许有人会说该说明所反映的并非立法原意。这样的看法是不准确的。1998 年《土地管理法实施条例》第二条第五款最可能源自 1995 年 5 月 1 日开始实施的国土资源部《确定土地所有权和使用权的若干规定》第十四条："因国家建设征用土地，农民集体建制被撤销或其人口全部转为非农业人口，其未经征用的土地，归国家所有。继续使用原有土地的原农民集体及其成员享有国有土地使用权。"这一条文明确了土地因农村人口转为非农业人口

[1] 2004 年 10 月 21 日《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》；2011 年 2 月 26 日《国务院办公厅关于积极稳妥推进户籍管理制度改革的通知》。

[2] 《深圳农地国有化"特例"》（http://finance.people.com.cn/GB/70392/4996685.html），最后访问时间 2014 年 7 月 6 日。

而成为国有的前提条件在于该片土地在经过了国家征用（2004 年修宪以后为征收）之后，剩余的土地才能归国家所有。这一规定的问题在于没有说清楚剩余土地归国家所有的实现方式。所以 1998 年《土地管理法实施条例》中的规定会给人一种错误印象，意味集体在国家征地后所剩余土地可直接国有化。但 2005 年的上述解释表明，征收之后剩余的集体土地同样也只能被征收。综上，城市规划区内的土地并不会自动被国有化。

我们接下来考察第二种观点，其认为八二宪法之后被纳入城市规划区内的土地不会被自动国有化，但国家有义务最终将之征收。长期以来，这一观点在学界和实务界均占主流地位，并催生了对所谓"征地悖论"的省思与担忧。在许多人看来，八二宪法第十条第一句话白纸黑字地写道："城市土地属于国家所有"——仿佛是逻辑结论一般，当一块土地在城市规划之下被划定为城市规划区（无论是建成区还是规划控制区），该块土地就成为了城市土地，进而必须为国家所有。如前所述，八二宪法之后，国家无权以合乎成文宪法的方式国有化此类土地。因此，其最终必须征收此类土地，否则宪法第十条第一款的规定就会落空，即城市土地不属于国家所有。可是，一旦国家征收此类土地，尽管这并不必然会违背宪法同一条第三款规定的征地公共利益前提，但审查具体征地决定是否符合公共利益将就此失去意义，因为无论结果如何，国家征地必须伴土地城市化而行。

为了解决"征地悖论"，现有研究提出了两种方案。一种方案是取消征地的公共利益前提。[1]这一观点无疑是过于激进了——世界上绝大部分国家的宪法和法律在财产征收问题上都要求以公共利益为目的。另一种方案则是使土地城市化与征地脱钩，这又可以通过两种办法实现。一方面，一些学者主张废除城市土地国有的宪法条款。[2]另一方面，近几年来，有学者提出替代性方案，即重新解释城市土地国有条款，使国家不再负有征收城市化了的土地的义务。这就是前文提到的关于八二宪法国有化条款对于 1982 年以后形成的城市土地之实际影响的第三类观点：此类土地既不会被自动国有化，国家也无须最终将其征收。笔者赞同这一观点——如何论证？

目前有三类理由支持该观点。首先，有学者主张把城市土地国有的宪法条款解释为要求国家征收全部城市土地是对宪法的一种误读，因为将征地与城市化天然挂钩"违背了尊重人权、法治、公正和市场规律的宪法精神，而且已经在实践中造成了极其严重的社会后果"。更重要的是，"1982 年宪法本身并没有任何文字表明两种土地

[1] 赵红梅：《无需区分"公共利益"与"非公共利益"——征地制度的政府、社会联动新模式构想》，载《中国土地》2006 年第 8 期。

[2] 程雪阳：《公法视角下的中国国有土地产权制度》；第 20 页；郑振源：《城市土地应不仅属国家所有》（http://finance.jrj.com.cn/opinion/2012/10/15185714515992.shtml），最后访问时间 2014 年 7 月 1 日；蔡继明：《我国土地制度改革的顶层和系统设计》（http://www.sdny.gov.cn/art/2014/4/25/art_1794_365774.html），最后访问时间 2014 年 7 月 1 日。

所有权之间的转换需要经过征收环节，也没有任何历史记录证明第 10 条暗含着此类制宪意图。"[1]其次，有学者主张"城市土地属于国家所有"应解释为"城市土地*可以*属于国家所有"，而非"城市土地*必须*属于国家所有"。原因在于后一种解释方案在实践中造成了一系列负面后果，包括对私权的侵犯和对国家合法性的严重侵蚀。[2] 第三，也有人指出八二宪法城市土地国有的条款对 1982 年以后形成的城市土地不产生实际影响。尽管该条款国有化了八二宪法生效时已经存在的城市土地，即当时既存的城市建成区内的土地，但它并没有给国家施加保证所有城市土地必须为己所有的义务。[3]换言之，八二宪法国有化条款仅仅是面向历史。颇为遗憾的是，持此种观点者并没有给出任何具体的理由或论证。

笔者完全赞同上述前两类观点的使土地城市化与征地脱钩的良好愿望，但其问题在于论证不足。把土地城市化=征地将带来一系列负面后果作为使两者脱钩的理由，是一种"结果主义"（consequentialist）的论证手法，其效果是颇为有限的。因为防止这些负面后果是使土地城市化脱钩于国家征地的目的（aim），而非以此种或彼种方式实现脱钩的理由（justification）。换言之，土地城市化=征地的不良后果只告诉我们*为什么*要使两者脱钩，而没有告诉我们*怎么做*。同时，认为八二宪法制宪者并没有将两者挂钩的原意是相当合理的解读。因为从现有的制宪史材料不难看出，制宪者在讨论中并不是特别关心如何精细区分城市与非城市土地，也没有解决城市土地边界不断变化的问题，尤其是没有给出城市土地的准确定义。然而在现实中，并没有任何人以制宪者原意为依据来论证土地城市化=征地。我们完全可以认为即便制宪者在八十年代初并没有把两者挂钩的想法，仅仅从宪法条文的字面含义来看，土地城市化=征地也是唯一可能的结论。因此，将"城市土地属于国家所有"解释为"*可以*所有"首先违背了宪法文本的字面含义。更重要的是，这种解释也不符合该条款确实将八二宪法生效时既存的城市土地全部国有化的历史事实。申言之，它的实际效果是将同一条款割裂为宪法生效前和宪法生效后两个阶段，前者是"*必须*国有化"，而后者则是"*可以*国有化"。在这种情况下，笔者认为，对八二宪法城市国有化条款的正确理解是该条款仅仅适用于宪法生效时既存的城市土地，它既不适用于宪法生效之后形成的城市土地，也不要求国家国有化或征收此类土地。这里的理由并不在于此种理解将破解"征地悖论"，而是该悖论难以成立。

四、"征地悖论"成立吗？

早在 1984 年 1 月，即八二宪法生效后一年，共和国首部城市规划相关法律——

[1] 张千帆：《城市化不需要征地——清除城乡土地二元结构的宪法误区》，载《法学》2012 年第 6 期。

[2] 程雪阳：《论"城市的土地属于国家所有"的宪法解释》，载《法制与社会发展》2014 年第 1 期。

[3] 杨俊锋：《我国城市土地国有制的演进与由来》，第 105 页；陈沉：《正确运用"城市的土地属于国家所有"》，载《资源导刊》2012 年 03 期，第 41 页；袁震：《论集体土地所有权客体范围的确定》，载《河北法学》2012 年 11 期，第 43 页；刘连泰：《集体土地征收制度变革的宪法空间》，载《法商研究》2014 年第 3 期，第 10 页。

《城市规划条例》出台。该《条例》第三十一条规定："任何组织和个人在城市规划区内进行各项建设，需要使用属于国家所有的土地或者征用属于集体所有的土地，都必须持经国家规定程序批准的建设计划、设计任务书或者其他有关证明文件，向城市规划主管部门提出建设用地的申请。"第三十三条规定："在城市规划区内，需要征用属于集体所有的土地进行建设的，由城市人民政府按照国家关于建设征用土地的规定，统一向农村人民公社和农业生产合作社征地。"第三十五条："位于城市规划区内的农村人民公社和农业生产合作社，新建或扩大农村居民点和企业、事业单位，其用地位置和范围，应当报经城市规划主管部门审查批准。"

分析上述规定可以得出以下两点显而易见的结论。一方面，在八二宪法生效以后，城市规划区内的土地或城市土地不会被自动国有化，该区域内仍存在非国有的集体土地——否则上引第三十一和三十三条不会规定在城市规划区内进行各项建设会涉及国家向农村集体征地。类似的，1994 年《城市房地产管理法》第八条和 2007 年修订的《城市房地产管理法》第九条均规定："城市规划区内的集体所有的土地，经依法征用转为国有土地后，该幅国有土地的使用权方可有偿出让。"另一方面，正如上引第三十五条所揭示的，在获得规划许可的前提下，农村集体仍可以使用其位于城市规划区内的土地新建或扩大农村居民点和企业、事业单位。这里需要进一步探究的是：国家什么时候需要征收处在城市规划区内的集体土地？上引第三十一条表明这种需要在"任何组织和个人在城市规划区内进行各项建设"时产生——"各项建设"穷尽了国家征收集体所有的城市土地的全部可能情况吗？其含义为何？哪些城市规划区内的建设必须经由国家征地，哪些又可以由农村集体自己进行？为了回答这些问题，我们必须检视当时的土地管理体制。

改革开放以后，1986 年《土地管理法》实施以前，中国的农村土地管理体制的法律规定见于 1982 年 2 月 13 日公布的《村镇建房用地管理条例》。该条例对农村集体和其它组织或个人使用集体用地做了以下区分。首先，农村集体可以在上级政府审批的前提下，将其所有的土地用于"个人建房和社队企业、事业单位建设"、"公共建筑、生产建筑、公用设施、场院、道路、绿化等用地"。"任何机关、企业、事业单位和个人不准擅自占地建房、进行建设或越权批准占用土地。"其次，"全民所有制单位，包括同社队联营的企业在内，其建设用地，应按国家建设征用土地的规定办理。非农业人口兴办的集体所有制企业建设用地，参照国家建设征用土地的规定办理。"[1] 在这些规定的基础上，尽管没有明文要求，1982 年的《村镇建房管理条例》实际上把农村集体将自己所有的土地用于非农业生产的情况限定在法律所列举的范围内。范围之外的单位或个人对集体土地的非农业生产使用都必须经过国家征地。

[1] 第五、七、九至十一、十六条。

在此，我们很难不联想到现行土地管理法对于农村集体土地的用途管制规定。据 2004 年修订的《土地管理法》第四十三、六十、六十三条，农村集体土地一般只能被用于农业/非建设目的。在上级政府依法批准的前提下，农村集体可以将自己的土地用于"兴办乡镇企业和村民建设住宅"、"乡（镇）村公共设施和公益事业建设"、村集体经济组织兴办企业或者与其他单位、个人以土地使用权入股、联营等形式共同举办企业。"符合土地利用总体规划并依法取得建设用地的企业，因破产、兼并等情形致使土地使用权依法发生转移"时，原集体用地也可用于非农业目的。除此之外，农村集体土地要想用于非农业目的首先必须被国家征收为国有土地。结合前文讨论，我们不难发现这种对集体土地相当严格的用途管制早在八十年代就已经成形。所谓"各项建设"本质上是指法律列举的农村集体可以自己进行的建设之外的、必须由非集体组织的单位或个人进行的建设——这些建设都必然要求国家征地。我将此称之为"集体土地非农使用以国家征地为原则，集体自用为例外"。

上文分析表明，根据 1984 年《城市规划条例》，国家征收城市规划区内的集体土地并不是因为该片土地位于城市规划区内或被界定为城市土地。事实上，只有当位于城市规划区内的集体土地需要被用于那些无法由农村集体自己进行的非农业建设时，国家征地才成为必需。我们没有任何理由认为 1984 年《城市规划条例》违反宪法——恰恰相反，由于其发布时间与八二宪法的通过时间十分临近，我们完全有理由认为该条例非常准确地反映了宪法本意。因此，八二宪法"城市土地属于国家所有"的规定并不给国家施以征收城市规划区内的集体土地即城市土地的义务——除非该片土地为不能由集体自己进行的非农建设所需。在此意义上，土地城市化与征地公共利益前提之间的"征地悖论"并不成立。之所以认为八二宪法第十条第一款和第三款之间存在矛盾关系，是因为城市建成区内的土地一般都由国家征收所有。上文引述的 1998 年全国人大法工委对《土地管理法实施条例》的解释指出"城市市区"实践中通常被理解为"城市的建成区"。这一认识反映了城市建成区内土地属于城市土地并为国家所有的现实。但如上所言，这种现实存在的原因并不在于国家有义务征收城市建成区内的集体土地，而在于国家首先需要征收这些集体土地，才能进一步将其用于集体本身不能进行的非农建设，如城市基础设施建设，从而把该区域变成城市建成区。这里显然存在一个农村集体土地用途管制与征地公共利益前提之间的紧张关系——并非所有的非农建设都必然符合公共利益。但无论如何，这已是与城市土地国有条款无关的另一个话题了。

针对认为八二宪法国有化条款仅仅具有历史意义而不要求国家征收城市化了集体土地的观点，程雪阳博士提出了四点反驳。[1]首先，认为"城市的土地属于国家所有"

[1] 程雪阳：《论"城市的土地属于国家所有"的宪法解释》，第 173 页。

这一规定仅仅具有总结历史的面向，却对当下和未来不具有约束力实际上将该规定视作一个事实陈述性的规定，而非一个旨在约束人们未来行为的法律规范。这样的解释并不符合宪法条文本身的规范性质。其次，在实践层面，这种解释方案默认了宪法第十条第一款是对 1982 年之前依然存在的城市私有土地的“无偿概括国有化”，因此违背了“法不溯及既往”的原则。第三，这种解释方案也没有回答 1982 年以后的城市土地应当如何处理这一问题。第四，在操作层面，这一解释方案不具有可操作性，因为今天的人们根本无法准确界定 1982 年宪法通过那一刻“城市”的边界。

笔者认为，上述反驳是站不住脚的。首先，城市土地国有条款仅仅适用于八二宪法生效时既存的城市土地并不意味着该条款纯粹只是一个陈述性的规定，不具有任何对未来的规范效力。恰恰相反，它仍然是一个规范性的条款，因为它要求宪法生效之后全社会都必须认可和接受城市土地被国有化的事实。现实中，如果关于某片土地的所有权归属存在争议，法院必须考虑的一个因素是该片土地在八二宪法生效时是否应划为城市土地——如果答案是肯定的，则系争土地已经被国有化；如果答案是否定，则系争土地至少在当时没有被国有化——无论哪种情况，法院适用的都是八二宪法的城市土地国有条款。即使我们接受该条款是陈述性而非规范性的，笔者认为这对于一个宪法条款也是完全可以接受的。并非所有八二宪法的条文看上去都是规范性的。如宪法第 136 条规定：“中华人民共和国国旗是五星红旗。”第 137 条规定：“中华人民共和国国徽，中间是五星照耀下的天安门，周围是谷穗和齿轮。”第 138 条规定：“中华人民共和国首都是北京。”这些条款的陈述性显然都不比作为历史总结的城市土地国有化条款弱，但恐怕没有人会质疑他们作为宪法条文的资格。第二，在前一点的基础之上，我们不难发现所谓城市土地国有化条款如果仅适用于八二宪法生效时既存的城市土地，那么就违背了法不溯及既往原则的主张本身是对该原则的误用。法不溯及既往，是指法律生效时间不能是过去的某一时点——八二宪法城市土地国有条款的生效时间并不是过去的某一时点，而是宪法生效之时。其适用对象当然是既存的私有城市土地，但这与溯及既往是毫无关系的。第三，诚然，仅仅阅读城市土地国有条款本身并不能告诉我们在八二宪法生效之后形成的城市土地应当如何处理。但这正是我们需要通过考察相关法律法规搞清楚的内容，而非我们否定城市土地国有条款之历史性的理由。第四，今天的人们完全可以准确界定 1982 年宪法通过那一刻“城市”的边界。如前所述，只要找到当时的城市建成区，我们就能确定当时的城市范围。尽管这一工作有相当难度，但这也不构成致命伤，因为在过去三十多年间，十分幸运的是，关于某片土地是否在 1982 年属于城市土地的争议并不多见。

综上，笔者认为八二宪法城市土地国有条款具有三层含义。首先，该条款根本上是国家征地权力，具体而言即国有化权力的一次运用。此次国有化与早前的土地改革和社会主义改造运动在合法性方面并没有太大不同。尽管 1982 年的国有化并不涉及

土地的占有或使用从原私有者向国家转移，但它仍起到了推动国家建设、降低国家获得土地成本的作用，因为被国有化了的土地日后被国家收回使用权时并不会获得补偿。第二，正如制宪讨论材料所揭示的，1982 年城市土地国有化与其说是一个问题的最终解决方案，倒不如说是一次妥协。如果不是出于一些非常实际的考虑，如减少对农民的震动，当年的制宪者完全有可能选择土地的全盘国有化。如上所述，社会主义理论中，生产资料国有化的目标是不区分城乡土地的。在这个意义上，有人提出我国将来仍会选择进一步推动农村土地国有化是具有理论可能性的。[1]然而，因为八二宪法国有化条款本身的形成主要是出于实际因素的考量，而非意识形态的驱动，我们有理由相信中国在可预见的将来追求全盘国有化这一社会主义目标的现实可能性并不大，除非其为具体情势所迫。更重要的是，因为国有化作为一项征地权力已经从成文宪法中被去掉了，尽管国家仍然可能在宪法授权范围之外行使国有化的权力，它已经无法再以宪法/宪定权力的名义开展土地国有化。因此，除非进行另外一次具有行使制宪权意义的革命，全盘国有化必然涉及宪法的修改。笔者认为，两者在可预见未来发生的可能性都不大。第三，八二宪法城市土地国家所有条款仅仅适用于宪法生效时既存的城市土地（或更具体的，城市建成区内的土地）。对于宪法生效之后形成的城市土地，该条款既不会导致自动国有化，也不要求国家最终进行征收。在此意义上，该条款只是一个历史的见证和总结。我们没有必要通过质疑其合法性，主张废除或重新解释该条款来解决所谓的“征地悖论”。本文分析表明这一悖论难以成立。与此同时，我们或许应把研究重心转向或集中到严格的集体土地用途管制所带来的“集体土地非农使用以国家征地为原则，集体自用为例外”与征地公共利益前提之间的紧张或矛盾。这才是中国征地宪法公共利益条款所面临的真正挑战。

[1] 黄忠：《城市化与“入城”集体土地的归属》，载《法学研究》2014 年第 4 期，第 57 页。

天下无私——清代自然资源“所有权”机制研究

谢　晶*

天地自然之利，朝廷亦不得私而有也。

——《读例存疑》[1]

山海者，财用之宝路也。……宝路开，则百姓赡而民用给，民用给则国富。

——《盐铁论》[2]

三代之法，藏天下于天下者也。……后世之法，藏天下于筐箧者也。

——《明夷待访录》[3]

[摘　要]《大清律例》明文列举各项为官方所有的自然资源（种类及地域分布），禁止或限制私人任意开采，并对侵犯这些自然资源的行为定以详细的处理规则：对行为人的处罚原则、对挈获人犯的奖赏办法、有关稽查人员的责任等。清代这种列举式并详尽规范的立法方式，及其背后“与民同利”、“藏富于民”的治民哲学与立法思想，颇值当代之参酌借鉴，然而，其具体规则中多处渐趋体现出的“与民争利”的企图，又深值当代之警醒反思。

[关键词]《大清律例》　国家所有权　自然资源　贼盗律　官物

*谢晶（1987—），女，满族，四川西昌人，清华大学法学院比较法与法文化专业 2012 级博士研究生。本文为清华大学苏亦工教授主持的国家社会科学基金一般项目“《大清律例》疑难条文及相关制度背景考论”（项目批准号：12BFX016）的阶段性成果。

[1] 据薛允升言，本句语出“集解”，但笔者遍翻以“集解”命名的《明律集解附例》（光绪三十四年修订法律馆刻本，北京大学图书馆藏）、《大清律集解附例》（《四库未收书辑刊》（26），北京出版社 2000 年版；《续修四库全书》（863），上海古籍出版社 2002 年版）等，均未能寻得此言。（清）薛允升著述：《读例存疑重刊本》（第三册），黄静嘉编校，（台湾）成文出版社 1970 年版，第 685 页。

[2] 王利器校注：《盐铁论》（上），中华书局 1992 年版，第 68 页。

[3] （明）：黄宗羲：《明夷待访录》，段志强译注，中华书局 2011 年版，第 23 页。

引　言

近年来，我国发生了数件有关自然资源权属纠纷的事件，如四川彭州的“天价乌木案”、[1]黑龙江人大常委会宣布气候资源属于国家所有的“风光案”，[2]不仅引发社会大众的普遍关注，也带动起学术界的广泛探讨，[3]如《法学研究》即在 2013 年第 4 期开辟“自然资源国家所有权”专题研究，广邀宪法学、民法学等相关领域专家专门论说这一话题。

然而遗憾的是，这些研究虽则提出了诸多有益的观点，但其用以参考的理论及立法、实践经验，几乎均仅来自西方，[4]罕有从我们自己的历史传统中寻求滋养的尝试。[5]当然，不可否认，伴随清末以降法制的坍塌、重构以及社会经济的巨大变迁，传统律典中的大多数具体规则，可能已难以直接嫁接于当代，但是，隐藏在这些具体规则背后的更深及更高层次的法律思想、文化、价值等，却仍值吾辈“以史为鉴”。本文即不揣谫陋，以传统律典的最后形态——《大清律例》中关于自然资源的一系列规则及其实践为例，从我们自己长达数千年的古老智慧中，发掘数端足资当代借鉴、警醒之经验与教训。

一、自然资源的“所有权”性质：溥天之下，莫非王土？

在我国当代法学理论和法律体系中，有一所谓的“国家所有权”概念——国家对全民所有的财产进行占有、使用、收益和处分的权利。[6]而在我国传统时代的王朝律典中，并无“所有权”这一概念，更遑论“国家所有权”，[7]不过，若谈及相关问题，学者们常会联想到《诗经•小雅•北山》中的名句：“溥天之下，莫非王土。率土之滨，莫非王臣。”例如，教育部的《中国法制史》课程“指定教材”即言：

这几句话，是对中国古代社会最高统治者所拥有的极端权力的充分概括。从理论上说，在中国古代，天子被认为是“上天之子”，代表着上天来统治人间。天下的所有

[1] 有关报道见张文、叶琦：《是文物？是矿产？还是一根无主的木头？——乌木之争 纠缠不清》，载《人民日报》2013 年 2 月 19 日第 4 版。

[2] 《黑龙江省气候资源探测与保护条例》（黑龙江省十一届人民代表大会常务委员会第三十三次会议于 2012 年 6 月 14 日通过）第 2、7 条，载《黑龙江日报》2012 年 6 月 30 日第 7 版。

[3] 直接针对这些事件的研究，如王建平：《乌木所有权的归属规则与物权立法的制度缺失——以媒体恶炒发现乌木归个人所有为视角》，载《当代法学》2013 年第 1 期；王永霞：《彭州乌木事件的法解释学思考》，载《政法论丛》2013 年第 4 期；苏苗罕：《气候资源权利归属与探测开发的法律规制》，载《法治研究》2013 年第 12 期；李艳芳、穆治霖：《关于设立气候资源国家所有权的探讨》，载《政治与法律》2013 年第 1 期；于文轩：《设立气候资源所有权不利于可再生能源产业健康发展》，载《中国政法大学学报》2012 年第 6 期。

[4] 如马俊驹、薛军二位教授认为，应借鉴大陆法系的法律框架构建我国的自然资源法律制度。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》、薛军：《自然资源国家所有权的中国语境与制度传统》，均载《法学研究》2013 年第 4 期。

[5] 反倒是常把当代的缺失处归责于传统，如税兵：《自然资源国家所有权双阶构造说》，载《法学研究》2013 年第 4 期。

[6] 杨立新：《物权法》（第三版），中国人民大学出版社 2009 年版，第 70 页。

[7] 在传统社会，甚至没有现代意义上的“国家”概念。

一切，包括土地、人民，最终都归天子所有。[1]

但笔者窃以为，这样的解读存在误会。首先，这一诗句的本意并非为表彰“天子”之“所有权”。结合上下文来看：“偕偕士子，朝夕从事；王事靡盬，忧我父母。溥天之下，莫非王土。率土之滨，莫非王臣。大夫不均，我从事独贤。”此分明是“一位士子怨恨大夫分配工作劳逸不均的诗”：朝夕从事王事无休止，忧心父母不得其养，既然“溥天之下，莫非王土。率土之滨，莫非王臣”，为何惟“我”劳事独多？[2]

其次，本诗至多能反映封建时代的“天子所有权”，据钱穆先生之说，那时耕地、非耕地的山林池泽均属于贵族，前者在井田制之下分散给农民种植，后者成为不公开的禁地，但在春秋战国时期封建崩溃、郡县兴起之后，耕地“所有权”逐渐转移到农夫手里，非耕地的山林池泽也渐渐被民间私下闯入，由于“防不胜防，讨不胜讨”，官府索性把这些禁地开放，仅征收一些赋税（后世关税、商税之起源），[3]正如《史记》之记载，“汉兴，海内为一，开关梁，弛山泽之禁。”[4]

最后，我国传统时代并无现代（西方）意义上的“所有权”概念，因此若用此概念简单套用于传统时代，或断章取义几句诗歌遽以说明当时的“所有权”状态，那么，对相关问题的论说即必然出现偏差。

事实上，若我们把目光聚焦于传统时代的国家律典，则会发现，这里“最高统治者所拥有的极端权力”可能并无那么“极端”，他们所拥有财产的范围甚至远不如我国当代法律体系中那么广泛，除了一些明列的属于官方所有的财物，其它财物均属于臣民私人，或处于官方不会主动介入干涉的“无主物”状态。

在传统社会，可与当代之“国家所有权”或“国家财产”相类比的，是当时的“官物”——被官方（非官员个人）所有的财产。按照当代的相关法律规定，“国家财产属于全民所有”，[5]“属于国家所有即全民所有”，[6]此表明，代表全体人民意志和利益的国家享有国家财产所有权，国家是全民财产的唯一所有人，但是，为了真正实现对全民财产的共同占有以及国家机关、事业单位从事职能活动的需要，国家必须对全民财产进行分配，把国家所有权客体中的各项财产交给国家机关、企事业单位、其他组织及个人占有和使用。[7]因此可以说，在理论上，国家财产属于国家所有、全民所有，但在实际操作层面上，却是由国务院等国家机关、企事业单位等行使所有权（或所有权

[1] 曾宪义主编：《中国法制史》，北京大学出版社 2000 年版，第 53 页。
[2] 参见程俊英、蒋见元：《诗经注析》（下），中华书局 1991 年版，第 641—643 页。
[3] 钱穆：《中国历代政治得失》，九州出版社 2012 年版，第 23 页。
[4] （汉）司马迁：《史记》（一〇），中华书局 1982 年版，第 3261 页。
[5] 《中华人民共和国民法通则》（下文简称《民法通则》）第七十三条。
[6] 《中华人民共和国物权法》（下文简称《物权法》）第四十五条。
[7] 参见杨立新：《物权法》（第三版），中国人民大学出版社 2009 年版，第 70—71 页。

中的部分从权利）。[1]正是在这一实际操作的层面上，传统时代的官物方可与当代之国家财产的概念相类比。[2]

以本文所关注的自然资源为例，《中华人民共和国宪法》（下文简称《宪法》）第九条言：“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”。并在《物权法》（第四十六、四十八、四十九条）中再次重申：矿藏、水流、海域属于国家所有。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。法律规定属于国家所有的野生动植物资源，属于国家所有。

古今相较可以发现，如今这一“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”的宣告，似乎还更接近于所谓“溥天之下，莫非王土，率土之滨，莫非王臣”的所有权状态。正是察觉到这一立法存在的弊病——“国家权力的不正当扩张，甚至出现与民争利的现象”，[3]并且：

> 一些自然资源，国家无法建立所有权意义的支配秩序，比如野生的老虎；还有一些自然资源，国家没有必要建立所有权意义的支配秩序，比如苍蝇和蚊子。现在的立法，将老虎、苍蝇和蚊子一律都纳入国家所有权的范围，这在立法上对于国家不但无益而且有害。比如，原来在我国境内的野生老虎跑到俄罗斯去了，政府不能行使所有权要求俄罗斯返还。蚊子叮人致人生病，政府也不能因为是自己控制的动物造成损害而予以赔偿。……，立法者过分地设计了国家自然资源所有权的内容和范围，其论和结果并不妥当。[4]

有学者提出，将本句解释为：“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都可以依照法律的规定属于国家所有。”[5]如此运用解释学的方法，确能在一定程度上解决“正当性和合理性基础”的问题以及一些实践上的难题，但是，不可否认，其毕竟与本条法律本身字面上的含义有所偏差，因而可能难以被普遍接受并运用于实践之中。而在传统时代的律典中，以《大清律例》为例，其从未有过类似的概括性宣告，仅列举了数项为官方所有、禁止（限制）私人任意开采的自然资源，对于规定种类之外以及规定地域之外的自然资源，并不限制开采，故而不会存在当代法律中的这一问题。

[1] 《物权法》第四十五、五十三、五十四、五十五条。
[2] 郑秦教授直接把传统时代的官物称为“封建国家的财物”，但笔者认为这两个概念还是有所差异。参见氏作：《清律惩贪条款辨析》，载《政法论坛》1992 年第 2 期。
[3] 王涌：《自然资源国家所有权三层结构说》，载《法学研究》2013 年第 4 期。
[4] 孙宪忠：《根据民法原理来思考自然资源所有权的制度建设问题》，载《法学研究》2013 年第 4 期。
[5] 程雪阳：《论“城市的土地属于国家所有”的宪法解释》，载《法制与社会发展》2014 年第 1 期。

二、自然资源的官方所有：范围与规则

正如学者所言，“虽然宪法规定自然资源是国家所有的，但这种所有权的具体内涵是什么，有待下位法律去具体形成”。[1]《民法通则》（第八十一条）、《物权法》（第一百一十九、一百二十二、一百二十三条）中的部分条文，以及《中华人民共和国矿产资源法》、《中华人民共和国水法》、《中华人民共和国海域使用管理法》、《中华人民共和国野生动物保护法》等专门的法律法规，对各项种类的自然资源的占有、使用、收益、处分等有具体的规范。不过，学者仍然指出，在社会经济已高度发展的当下，这些法律的完备及详尽程度尚不足以完全应对现实的复杂需求。[2]

然而，当我们反观清代，似乎此时对自然资源的官方所有已经有了较为细致、至少适合于当时社会经济状况的一系列规范，体现出较为成熟的立法技术：大致而言，对官方所有、禁止（限制）开采的自然资源有严格的种类、地域限制，对侵犯不同种类、地域的自然资源有不同的处罚规则，具体规则中，既包括对行为人的处罚、对该管人员故纵或失察的处罚，也包括对拿获人犯者的给赏等。本文接下来即详而论之。

清律中明文规定的这类自然资源有两种，其一为具有经济价值者，侵犯之即侵犯官方的经济利益，其二则虽也具有一定经济价值，但其不容被侵犯的主要原因并非经济价值，而是因其被赋予了某些特殊的含义。

先言第二类自然资源，其被赋予特殊含义，只因位于皇家陵山范围之内——“树株关系山陵阴护，盗砍与取土取石，开窑放火者，俱于山陵有伤，亦大不敬也。”[3]。相关规范主要集中在《刑律·贼盗》的“盗园陵树木”门下，律文仅言“凡盗园陵内树木者，皆（不分首从）杖一百，徒三年”，而后四条例文又详细列出四种严禁侵犯的自然资源——树木土石、牲畜、人参、树木枝杈：[4]

		红椿以内	红椿以外白椿以内	白椿以外青椿以内	青椿以外官山以内
树株土石	首	比照盗大祀神御物律，斩	近边充军	杖一百，徒三年	杖九十，徒二年半
	从		杖一百，徒三年	杖九十，徒二年半	杖八十，徒二年
牲畜	首	枷号两个月，发极边烟瘴充军；为从，			
	从	枷号一个月，杖一百，徒三年			

[1] 张翔：《国家所有权的具体内容有待立法形成》，载《法学研究》2013 年第 4 期。
[2] 马俊驹：《国家所有权的基本理论和立法结构探讨》，载《中国法学》2011 年第 4 期。
[3] （清）沈之奇：《大清律辑注》（下），怀效锋、李俊点校，法律出版社 2000 年版，第 563 页。
[4] 本门律例见（清）薛允升著述：《读例存疑重刊本》（第三册），黄静嘉编校，（台湾）成文出版社 1970 年版，第 571—574 页。下文引用例文不再注明出处。

			红椿以内	红椿以外白椿以内	白椿以外青椿以内	青椿以外官山以内
人参	五十两以上	首	比照盗大祀神御物律斩，奏请定夺	绞监候	照普通的偷刨人参例[1]分别定拟	
		从	新疆给官兵为奴	近边充军		
	二十两以上	首	新疆给官兵为奴	云贵两广烟瘴地方充军		
		从	杖一百，流三千里	杖一百，流二千里		
	十两以上	首	云贵两广烟瘴地方充军	近边充军		
		从	杖一百，流二千里	杖一百，徒三年		
	十两以下	首	近边充军	杖一百，流三千里		
		从	杖一百，徒三年	杖一百，徒三年		
树木枝杈	首		犯事地方枷号两个月，近边充军	杖一百，徒三年；枷号一个月	杖一百；枷号一个月	杖一百
	从		减为首一等			

首先，对行为人通常分首从定罪，为从者较为首者减一等。其次，对侵犯位于不同禁限内的自然资源的行为处以不同的刑罚，按“红椿以内”、“红椿以外白椿以内”、“白椿以外青椿以内”、“青椿以外官山以内”的顺序，依次减轻刑罚，不过，对于打牲畜的行为，仅禁止在“红椿火道”之内，其它范围则不禁止。若是“官山”之外，亦即“禁限”之外，相应行为即不再被按这些例文处理。再次，禁止侵犯的自然资源仅限于明文规定的几类，其中一条例文即对此专门强调道：“采樵枝叶，仍照旧例毋庸禁止，并民间修理房屋，取土刨坑，不及丈余，取用山上浮石，长不及丈，及砍取自种私树者，一概不禁”。

次言第二类自然资源，亦即因其本身具有较高的经济价值，而被官方界定为禁止私人侵犯的官物。相关例文主要分布在《刑律·贼盗》的“盗田野谷麦”门下，这类自然资源主要有：矿砂、木植、牲畜、人参、珠子、黄芪等，以下即分述之。[2]

对于矿砂，根据《户部则例》之规：

各省开采矿厂，由督抚遴员会同地方官，据实勘验，并不干碍民间田园庐墓者，准其题请开采，其有开采之后硐老山空、矿砂无出者，题明封闭，其一切僻陋深箐，

[1] 对本例本文将在下文详述，例文见（清）薛允升著述：《读例存疑重刊本》（第三册），黄静嘉编校，（台湾）成文出版社 1970 年版，第 688—689 页。
[2] 本门例文见（清）薛允升著述：《读例存疑重刊本》（第三册），黄静嘉编校，（台湾）成文出版社 1970 年版，第 684—699 页。下文引用例文不再注明出处。

巡察难周之处，俱严加封禁。[1]

正如沈之奇所言，“凡产矿砂之山，俱经官封禁，非奉旨不得开采，故有采者，即谓之盗”。[2]但必须为“禁山”，“非禁山，即非盗”。[3]而即便在禁山之内，“天地自然之利，虽有封禁，终与盗取于人者不同也”，故对盗挖者仅“计赃准窃盗论”[4]。禁止盗挖的矿砂的种类包括“金银铜锡水银等”，[5]计赃时“每金砂一斤，折银二钱五分；银砂一斤，折银五分；铜锡水银等砂一斤，折银一分二厘五毫”。

不过，若“此等亡命，聚于山洞，恐致谋为不轨，故特峻其法”：

			首	从
拒捕	伤非金刃，伤轻平复		边远充军	
	杀人及刃伤、折伤		照窃盗拒捕杀人律，斩	减一等
不曾拒捕	聚至三十人以上		近边充军	枷号三个月，照窃盗
	不及三十人	初犯	枷号三个月，照窃盗	照窃盗
		再犯	近边充军	

对这类行为人加重处罚的原因，乃“恐致谋为不轨”，即公共秩序、公共安全方面的考虑，故而此处影响量刑轻重的因素乃曾否拒捕、伤人之轻重、聚众人数、首从犯、初再犯等，而并非着眼于其所侵犯的自然资源的经济价值。嘉庆二十二年（1817），范汝浮在禁山盗掘铁砂被拿获，虽未“聚于山洞”，但因“复敢持械拒捕”，被认为情同此例，因而也被比照本例，发边远充军。[6]

以上为“一般性立法”，亦即适用于在全国范围内盗挖所有种类矿砂的行为，在这之外，尚有针对在特别地区盗挖特别种类矿砂的“特别立法”，并对之加重处罚：

		首	从
新疆地方（金砂）		枷号三个月，云、贵、两广极边烟瘴充军	枷号三个月，解回内地，杖一百，徒三年
热河承德府（金银矿砂）	民人		
	蒙古人	四省驿站当差	枷号三个月，调发邻盟，严加管束

[1] （清）姚雨芗原纂、胡仰山增辑：《大清律例刑案新纂集成》（卷二十三），同治十年刻本，第 2 页。
[2] （清）沈之奇撰：《大清律辑注》（下），怀效锋、李俊点校，法律出版社 2000 年版，第 603 页。
[3] （清）薛允升著述：《读例存疑重刊本》（第三册），黄静嘉编校，（台湾）成文出版社 1970 年版，第 685 页。
[4] 根据《大清律例•例分八字之义》所言，“准者，与实犯有间矣。……但准其罪，不在除名、刺字之例，罪止杖一百，流三千里”。《大清律例》，田涛、郑秦点校，法律出版社 1999 年版，第 41 页。
[5] 实践中，盗挖官煤、铁砂者也比照此处理。（清）祝庆祺等编：《刑案汇览三编》（一），北京古籍出版社 2004 年版，第 629—630 页。
[6] （清）许梿、熊莪纂辑：《刑部比照加减成案》，何勤华等点校，法律出版社 2009 年版，第 84 页。

此外，还有针对产矿山场山主“违禁勾引矿徒潜行偷挖”、“漏信使逃”，以及保甲地邻“知情容隐不报”等行为的具体处罚规则。

禁止盗砍之木植及盗打之牲畜，亦有严格的地域范围限制——官方的“围场”之内。

盛京威远堡南至凤凰城边外山谷附近围场处所：

		首		从、贩卖、未得
木植、鹿只	身为财主	杖一百，流三千里		减一等，免刺
	无财主	杖一百，徒三年		
鹿窖	身为财主	均较前项加一等		
	无财主			
柴草野鸡	初犯	枷号一个月	杖一百	减一等，免刺，递回原籍[1]
	再犯	枷号两个月		
	三犯	枷号三个月		

私入木兰等处围场及南苑，至察哈尔及扎萨克旗下蒙古私入围场：

		首		从	贩卖
菜蔬柴草野鸡等	初犯	枷号一个月	杖一百	减一等[2]	又减一等
	再犯	枷号二个月			
	三犯	枷号三个月			
木植、牲畜、鹿窖	初犯	杖一百，徒三年			
	再犯、初犯（木植五百斤以上牲畜十只以上）、身为财主雇倩多人	极边足四千里充军			
	三犯[3]	新疆等处种地			

旗人有犯，“销除旗档，照民人一体办理”；蒙古人犯，“应拟徒罪者，照例折枷；应充军者，发湖广、福建、江西、浙江、江南；应拟遣者，发遣云、贵、两广，俱交驿充当苦差”。各项人犯，无论初犯、再犯、三犯，均面刺“盗围场”字样，偷盗未得之犯，则面刺“私入围场”字样。

在盛京各处山场，商人可领票砍伐木植，但严禁“夹带偷砍果松”，[4]对违例者按照株数多寡定罪：“至数十根者，笞五十；百根者，杖六十；每百根加一等，罪止杖

[1] 倘于递籍后，复行出边偷窃者，即在犯事地方枷号两个月，杖六十，徒一年。如再有犯，以次递加。其因偷窃未得，递籍管束，复有越边偷窃者，仍照初犯例，枷号一个月，杖一百，递籍严加管束。
[2] 其枷号三个月、两个月者，减等递减一个月，枷号一个月者，减为二十日。
[3] 薛允升指出：“再犯即拟充军，似无三犯可言。”（清）薛允升著述：《读例存疑重刊本》（第三册），黄静嘉编校，（台湾）成文出版社 1970 年版，第 697 页。
[4] 不知为何有此禁，薛允升也言此须“记查”。（清）薛允升著述：《读例存疑重刊本》（第三册），黄静嘉编校，（台湾）成文出版社 1970 年版，第 693 页。

一百，徒三年”，所砍木植，变价入官。

除了这些对行为人的具体处罚措施，例文还有一些程序性的规范，如审转及汇报制度：

私入围场，偷打牲畜，砍伐木植之犯，无论枷杖徒流发遣，均在犯事地方审拟发落起解，毋庸解部转发，仍专咨报部。其罪应徒流发遣者，令热河都统年终汇奏；罪止枷号人犯，年终汇册咨部存案。

每月责令看卡员弁，将有无贼犯偷入围场之处，出结具报该总管，每年于五月内据实汇折具奏。倘该员弁所报不实，交部议处。热河都统亦于每年六月间据实具奏，如查明该总管所奏不实，即行参办。

再如对拿获人犯的给赏办法：

盛京各城守尉、边门及卡伦官兵，在边外拿获偷砍私运木植人犯，其车马器物，均赏给原拿之人。如仅止拿获车马等物，而藉称人犯逃逸者；除审明有无受贿故纵，按例治罪外，仍将所获物件入官。若拿获人犯并无器物者，该将军自行酌量赏给。

私入木兰等处围场及南苑，偷窃……起获鸟枪入官，牲畜器物赏给原拿之人；有连获大起者，交该管官记功奖励。

还如对官员、员弁兵丁故纵或失察的处罚：

失察私入围场等处偷盗之该管地方文武各官，并察哈尔佐领捕盗官，及蒙古、扎萨克等，交部分别议处，及折罚牲畜。……审系员弁兵丁受贿故纵者，与犯同罪；赃重者，计赃，以枉法[1]从重论。若止失于觉察，员弁交部议处；兵丁杖一百，再犯，折责革伍。

人参、珠子须得在取得官方授权——“领票”之后，方可采挖，且须得按预先的规定采挖并及时按量交官：

刨参人夫，不往所指山林刨采，或将票张卖放别路飞扬者，除交官参外；余剩俱令入官，仍杖八十，枷号一个月。[2]

打珠人等，私藏珠子不行交官者，拿获，不论珠数多寡分两轻重，俱杖一百，流三千里。旗人销去旗档，同民人一体发遣，总领打珠之骁骑校并总管翼长，均交部分别议处。

[1] 《六赃图》，见《大清律例》，田涛、郑秦点校，法律出版社 1999 年版，第 44—46 页。

[2] 实践中，若“不遵票额，多雇刨夫，偷越出边刨参”，则依下文偷刨例减一等治罪，参见（清）祝庆祺等编：《刑案汇览三编》（一），北京古籍出版社 2004 年版，第 630 页。亦不允许“顶票刨参”，参见（清）全士潮、张道源等纂辑：《驳案汇编》，何勤华等点校，法律出版社 2009 年版，第 157 页。

凡偷刨人参者，若身充财主，雇人刨采，及积年在外逗留已过三冬：

	得参		未得
人数未及四十名，参数未至五十两	云、贵、两广烟瘴地方管束		减一等
人至四十名以上，参至五十两以上	为首之财主、率领之头目、容留之窝家	绞监候	
	为从、拟绞人犯遇赦减等	云、贵、两广烟瘴地方	

所获牲畜等物，给付拿获之人充赏，参入官。乾隆三十年（1765），僧人木梲纠集另外十三人偷刨人参（计四两，卖银九十五两），对他们即均按此规则分别拟以刑罚，不过，应追入官之赃银“据原籍地方官勘实，并无可着追”，因而只得“取具甘结”了事。[1]

如并无财主，“只系一时乌合，各出资本，及受雇偷采，或只身潜往”：

	为首、得参	为从、未得、私贩	代为运送米石
一两以下	杖六十，徒一年	减一等	杖一百
一两以上至五两	杖七十，徒一年半		
一十两	杖八十，徒二年		
一十五两	杖九十，徒二年半		
二十两	杖一百，徒三年		
二十两以上至三十两	杖一百，流二千里		

每十两递加一等，罪止杖一百，流三千里。首从照例刺字，未得参及私贩人犯，俱免刺字。系旗人，销去旗档，照民人一体问拟。若旗下家奴，有犯罪应军流者，发驻防给兵丁为奴，徒罪照例发配，限满释回，仍交主家服役。如伊主知情故纵者，杖八十，系官，交部议处，不知者不坐。其潜匿禁山刨参，被获拟徒人犯，限满释回，复行逃往禁山刨参者，则不再分已得、未得，俱发附近充军，旗下家奴，发往驻防给兵丁为奴。

此外，例文还规定了几种照本例治罪的情节：领票工人“偷窃领票商人之参”，[2]刨参官商“私刻小票，映射私参”，以及“收买参秧栽种”、“偷刨参秧货卖”。

领票刨参之人可携带鸟枪，例文对此亦有详细规范：“应查明人数多寡，批给鸟枪，填明票上，出口验放，回山查核”，如若违例私带，则“照商民应用鸟枪不报官私造例，[3]杖一百。其将鸟枪转给售卖刨参之人者，比照军人将军器私卖与人，[4]发边远

[1] 内阁大库档案，登录号 079216-001，台湾“中央”研究院藏。

[2] 本例原系乾隆二十八年（1763）吉林将军恒鲁条奏定例，详细情况见内阁大库档案，登录号 100236-001，台湾“中央”研究院藏。

[3] （清）薛允升著述：《读例存疑重刊本》（第三册），黄静嘉编校，（台湾）成文出版社 1970 年版，第 477 页。

[4] （清）薛允升著述：《读例存疑重刊本》（第三册），黄静嘉编校，（台湾）成文出版社 1970 年版，第 475 页。

充军律，减一等，杖一百，徒三年”。

在对偷刨人参、珠子贼犯的处罚之外，例文还有对该管官、巡查人等搜查不力及保甲长窝藏、隐瞒的惩罚：

山海关巡查人员，如有搜获人参珠子，该管官交部议叙。如有搜查不力，以及私带过关者，将该管官照失察例议处；巡查人等，照不应重律治罪。明知故纵者，该管官革职；巡查人等，枷号一个月，杖一百。受贿卖放者，计赃，以枉法从重发落。其失察偷出边关刨参至一百名者，领催披甲人等鞭五十；至二百名者，鞭一百；至五百名以上者，枷号一个月，鞭一百。该守御官，亦按失察名数，分别议处。如有自行挐获者，免议。

私刨人参贼犯，在山林僻壤屯潜盘踞，该处保正甲长，如有飞包过村，窝藏黑人，不行首报，除窝家照例治罪外；保正甲长，如审系知情不首，照保甲有知为盗窝盗之人瞻徇隐匿例，[1]杖八十，加枷号一个月；如不知情，照牌头所管内有为盗之人虽不知情而失察例，[2]笞四十。

至于黄芪，据薛允升言，“本非犯禁之物，因其纠集多人滋扰牧场，故禁之也”。[3]易言之，对黄芪的限制开采，并非因官方试图垄断其所具有的经济价值，而是因担心开采时“纠集多人滋扰牧场”，亦即也是公共秩序、公共安全方面的考虑。因此，若“无业贫民，零星挖有黄芪进口售卖”，在每次人数不超过十民、每人携带不超过十斤的情况下，并不被禁止，一旦超过之，则“以私贩论”。若是在“口外出钱雇人刨挖黄芪首犯，除有拒捕夺犯等情，仍按罪人拒捕[4]，及夺犯殴差各本律本例[5]，分别定拟外”：

首从 所雇人数	首	从
未及十人	杖一百	减一等
十人以上	杖一百，枷号两个月	
五十人以上	杖六十，徒一年	

每十人加一等，以次递加，罪止杖一百，徒三年。受雇挖芪之人，照不应重律[6]，杖八十，递籍管束。如系“割草民人，不得妄挐滋事，该处囤积黄芪”：

[1] （清）薛允升著述：《读例存疑重刊本》（第四册），黄静嘉编校，（台湾）成文出版社 1970 年版，第 756—757 页。
[2] （清）薛允升著述：《读例存疑重刊本》（第四册），黄静嘉编校，（台湾）成文出版社 1970 年版，第 757 页。
[3] （清）薛允升著述：《读例存疑重刊本》（第三册），黄静嘉编校，（台湾）成文出版社 1970 年版，第 696 页。
[4] （清）薛允升著述：《读例存疑重刊本》（第五册），黄静嘉编校，（台湾）成文出版社 1970 年版，第 1124 页。
[5] （清）薛允升著述：《读例存疑重刊本》（第三册），黄静嘉编校，（台湾）成文出版社 1970 年版，第 626 页。
[6] 《大清律例·刑律·杂犯》“不应为”律：“凡不应得为而为之者，笞四十；事理重者，杖八十。”见（清）薛允升著述：《读例存疑重刊本》（第五册），黄静嘉编校，（台湾）成文出版社 1970 年版，第 1115 页。

	首	从
十斤以上	杖一百	减一等
五十斤以上	杖一百，枷号两个月	
百斤以上	杖六十，徒一年	

每百斤加一等，以次递加，罪止杖一百，徒三年。黄芪入官。守口员役及各口关隘官弁，有实力稽查之责，“倘有贿纵情弊，查出按例究办”。

三、近代命运及后世评价

暂且不论这些以《大清律例》为代表的传统律典中关于自然资源的规则之优劣，近代以降，伴随整个传统文化及秩序的坍塌，其也被迫退出了历史的舞台，并被来自于西方的一系列“近现代”制度所代替。[1]

清末时节，面对内忧与外患，清政府被迫“变法”。经沈家本根据《大清律例》删修并于 1910 年颁行的《大清现行刑律》，即已删除数条与本文主题相关的例文，[2]其后更是完全抛弃自《法经》而下的传统立法体例，制定了一系列西式的法律规范——尽管大多尚为“草案”，未及颁行清王朝即宣告覆灭。进入民国，新政府又在清末变法的基础之上，建立形成“六法”体系，法制及其实践均进一步西化，还颁布了诸如《狩猎法》、《森林法》、《渔业法》、《渔会法》、《矿业法》等关于自然资源的专门法律法规。[3]

百余年后之如今，当我们再度回视传统律典中的相关内容，则既会为其中法律智慧的失传而叹息，亦能因某些古今一脉的缺失而感慨。

孟子言，“王如好货，与百姓同之”，并倡导“泽梁无禁”。[4]太史公曰：“善者因之，其次利道之，其次教诲之，其次整齐之，最下者与之争。”[5]盐铁会议上，诸贤良文学严厉批评“擅山海之财”的做法，而大加赞赏禹、汤时代的“梁泽以时入而无禁”。[6]但由于现实政治的需要，也由于传统王朝历代统治者均未能真正做到如儒家所期待的那样“私欲尽灭”——“不以一己之利为利，而使天下受其利，不以一己之害为害，而使天下释其害”[7]，历代律典均会列举一些为官方所有、禁止（限制）民间开采的自然资源，

[1] 据学者言，这些制度的最早来源是罗马法。参见王克稳：《论自然资源国家所有权的法律创设》，载《苏州大学学报》（法学版）2014 年第 3 期。
[2] 《大清法规大全》，（台湾）考政出版社 1972 年版，第 3422—3423 页。
[3] 立法的相关情况，参见谢振民编著：《中华民国立法史》（上），张知本校订，中国政法大学出版社 2000 年版，第 589—598 页。
[4] 杨伯峻译注：《孟子译注》，中华书局 2010 年版，第 33、34 页。朱熹注解：“与民同利，不设禁也。”（宋）朱熹：《四书章句集注》，中华书局 2012 年版，第 219 页。
[5] （汉）司马迁：《史记》（一〇），中华书局 1982 年版，第 3253 页。
[6] 王利器校注：《盐铁论》（上），中华书局 1992 年版，第 27—28 页。本句描述的是禹、汤之时代，但钱穆先生却用以证明封建制被破坏之后的情形，应属有误。参见钱穆讲授、叶龙记录整理：《中国经济史》，北京联合出版公司 2014 年版，第 58 页。
[7] （明）：黄宗羲：《明夷待访录》，段志强译注，中华书局 2011 年版，第 6 页。

[1]但至少，几乎从未敢于有过类似“自然资源都属于国家所有”的宣称。

对于侵犯那些明确列于律典中的自然资源的行为，律例文（主要是例文）又会有详细的处理规范，不仅针对行为人本人，还涉及该管人员、拿获人员等。前人曾对清代例文的日益繁杂颇多批评，如《清史稿·刑法志》即言：

盖清代定例，一如宋时之编敕，有例不用律，律既多成虚文，而例遂愈滋繁碎。其间前後抵触，或律外加重，或因例破律，或一事设一例，或一省一地方专一例，甚且因比例而生彼例，不惟与他部则例参差，即一例分载各门者，亦不无歧异。辗转纠纷，易滋高下。[2]

薛允升所言更切：

其始病律之疏也，而增一例，继则病例之仍疏也，而又增一例，因例生例，孳乳无穷。例固密矣，究之世情万变，非例所可赅。往往因一事而定一例，不能概之事事，因一人而定一例，不能概之人人。且此例改而彼例亦因之以改，轻重既未必得其平，此例改而彼例不改，轻重尤虞其偏倚，既有例即不用律，而例所未及，则同一事而仍不能不用律，盖例太密则转疏，而疑义亦比比皆是矣。[3]

笔者在部分程度上也赞同这些说法，但同时窃以为，对于本文所论及的这些为官方所有的自然资源而言，可能确实需要较为详细的规则——如上文所言，当代相关立法的缺陷之一即被学者认为恰在不够详细。当然，也不可否认，例文越来越繁杂的原因，除了立法技术上的“无可奈何”，亦与后世君主遗忘圣人之训而愈发膨胀的自私心理有关。比如，原本从明代问刑条例继承而来的例文规定，对盗掘矿砂者仅“计赃准窃盗论”，亦即免其刺字——“天地自然之利，朝廷亦不得私而有也。上不在官，下不在民，无字可刺，故不言及，所以示天下以无私也”。[4]然而，立法者在其后制定的繁杂例文中，却常常忽略此点，仍对违犯者加以刺字。黄宗羲的“非法之法”论即是对此极好的诠释：

后世之法，藏天下于筐箧也；利不欲其遗于下，福必欲其敛于上；用一人焉则疑其自私，而又用一人以制其私；行一事焉则虑其可欺，而又设一事以防其欺。天下之人共知其筐箧之所在，吾亦鳃鳃然日唯筐箧之虞，故其法不得不密。法愈密而天下之乱即生于法之中，此所谓非法之法也。[5]

道光十四年（1834），民人吕茂桢从关外私带人参二两八钱进关，经查明，其乃“给伊父配药治病”，尽管负责此事之山海关都统认为这一情节“尚与贩卖图利者不同”，但仍不否认“实属有干例禁”，因而对其依私自贩例减一等处罚。此前一年的孙万资案亦与此类似。[1]既然已经认识到“给伊父配药治病，尚与贩卖图利者不同”，但仍对行为人施以刑罚，此已不仅是“与民争利”，且是对儒家以及统治者自己所提倡的孝道伦理的公然违反。谭嗣同谓，“二千年来之政，秦政也，皆大盗也”，[2]黄宗羲道：

后之为君者则不然，以为天下利害之权皆出于我，我以天下之利尽归于己，以天下之害尽归于人，亦无不可。使天下之人不敢自私，不敢自利，以我之大私为天下之大公。始而惭焉，久而安焉，视天下为莫大之产业，传之子孙，受享无穷。……是以其未得之也，屠毒天下之肝脑，离散天下之子女，以博我一人之产业，曾不惨然，曰“我固为子孙创业也”。其既得之也，敲剥天下之骨髓，离散天下之子女，以奉我一人之淫乐，视为当然，曰“此我产业之花息也”。[3]

这些批评虽有言辞过激之嫌，但在此处均可略见一斑。不过，本案的审理者还是考虑到了这一特殊情节，并未完全依例办理——依例减一等，而本案若是放在当下，在来自西方的“罪刑法定”原则之下，行为人恐怕只能被严格依法处理，尚不如清代的做法。[4]

结　语

《大清律例》对官方所有之自然资源，采列举而非概括式的立法方式，并对不同种类的自然资源有不尽相同的详细处理规则。列举式的立法，体现出与民同利、藏富于民的治民哲学与立法思想，详尽的规则，展示出较为成熟的立法技术，然而，同时也须得看到，列举本身以及愈加繁杂的例文、逐渐加重的处罚，均表明统治者私心并未尽去且愈发膨胀。这些正面或反面的历史经验，均值吾辈时人之认真对待。

天地自然之物，原非任何个人私有，亦并不当然地属于某个统治者或政府[5]所有。诗云：天下本无私，何必尽归君？可叹私心为物绊，与民夺利反自戕。如今，岂不正当反省之时刻？

---

[1] 此实为对法家观念的践行，如《管子》即言：“荀山之见荣者，谨封而为禁。有动封山者，罪死而不赦。有犯令者，左足入，左足断，右足入，右足断。”黎翔凤：《管子校注》（下），中华书局 2004 年版，第 1360 页。
[2] 《历代刑法志》，群众出版社 1988 年版，第 567 页。
[3] （清）薛允升著述：《读例存疑重刊本》（第一册），黄静嘉编校，（台湾）成文出版社 1970 年版，第 60—61 页。
[4] （清）薛允升著述：《读例存疑重刊本》（第三册），黄静嘉编校，（台湾）成文出版社 1970 年版，第 685 页。
[5] （明）：黄宗羲：《明夷待访录》，段志强译注，中华书局 2011 年版，第 8 页，第 23—24 页。

[1] （清）许梿、熊莪纂辑：《刑部比照加减成案》，何勤华等点校，法律出版社 2009 年版，第 450 页。
[2] 谭嗣同：《仁学》，中华书局 1958 年版，第 47 页。
[3] （明）：黄宗羲：《明夷待访录》，段志强译注，中华书局 2011 年版，第 8 页。
[4] 据报道，2014 年底浙江省慈溪市一名男子为给生病母亲熬鸡汤而盗窃鸡，慈溪市人民检察院认为，“念其是初犯，且一片孝心，之后积极地赔偿了被害人损失，采取取保候审足以防止社会危险性发生”，最后对其不予批准逮捕。检察院对本案的处理尽管有违所谓的“罪刑法定”原则，却是出于对孝道这一传统伦理价值的考量，值得称赞。相关报道见《为给生病老母熬鸡汤孝顺男犯浑半夜偷鸡》，载《现代金报》2015 年 3 月 11 日第 A9 版。
[5] 包括打着“全民”旗号却不与全民共享利益的统治者及政府。

我国宪法上“国家所有”的知识源流考

程雪阳*

[摘　要] 如何科学合理地界定我国宪法上的“国家所有”，现已成为了一个非常重要且紧迫的问题。要完成这个任务，就需要对“国家所有”的知识源流，特别是这一术语进入汉语和中国法秩序的历史作系统考察。我国现行宪法中的“国家所有”这一术语和相关制度源自对马克思列宁主义理论的继承，但后者并不是要取消所有权制度，而是希望由国家来控制土地、矿产等自然资源的所有权来避免剥削和社会不公。法律学者要做的工作，不应当是质疑这种法秩序的正当性，而是要在尊重过往历史和现行法秩序的基础上，为其权利行使设定必要的规则，以确保“国家所有”这一项制度不脱离民主和法治的轨道。

[关键词] 国家所有　知识源流　马克思列宁主义　宪法解释

引　言

“国家所有”这个术语在我国宪法出现过三次。第一次出现是在第 9 条第 1 款关于“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；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”的规定中。第二次和第三次则是出现在第 10 条第 1 款和第 2 款“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”的规定中。

如何理解我国宪法上的“国家所有”，目前已经成为理论界和实务界的一个热点问题，近几年围绕乌木、太阳能、风能和“狗头金”是否属于国家所有，学术界进行了热烈的讨论和较为深入的研究，并已经提出了数种可能的解释方案，比如国家所有权双

* 苏州大学王健法学院副教授，中国人民大学法学院博士后研究人员。
本文系国家社科基金项目“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）；中国博士后科学基金第七批特别资助项目（2014T70157）的衔阶段性研究成果。韩大元、胡锦光、张翔、王旭、朱虎、王克稳、李忠夏等师友在本文的写作和修改过程中提出了很多宝贵的意见，在此表示感谢。

阶构造说，公权说，国家所有制说，三层结构说，制度性保障说等。[1]

上述研究成果是非常重要的，对于我们理解相关问题也带来了许多启发。不过，依照笔者的浅见，要合理解释我国现行宪法上的“国家所有”，还需要再从知识考古的角度做一些基础性工作，比如，“国家所有”这一术语是如何进入我们的话语和宪法秩序当中的？其进入我们的话语、法秩序和宪法时，最初的含义是什么，是在何种意义上使用的？今天这些含义是否发生变化，发生了哪些变化等等。

应该看到，任何由语言组成的法律规范都是深深地嵌在其所存在的环境当中，因此对法律术语和法律规范的解释，不是初略的中外比较、简单的咬文嚼字或者公理式的逻辑演绎就可以完成，我们还需要对解释对象的发生学和发展史进行深入地了解。本文所要从事的工作，就是通过考察中国宪法上“国家所有”这一术语的知识源流，来为我们理解和解释“国家所有”提供更扎实可靠的知识背景和智识资源。

一、马克思列宁主义与“国家所有”

现行宪法将土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源一并规定为国家所有，而且还建立了“国家所有=全民所有”这种等式结构，并不是偶然的，其表明现行宪法确实受到了“马克思列宁主义”的强烈影响。对此，我们无需进行过多的论证，宪法序言关于“中国新民主主义革命的胜利和社会主义事业的成就，是中国共产党领导中国各族人民，在马克思列宁主义、毛泽东思想的指引下，坚持真理，修正错误，战胜许多艰难险阻而取得的”历史叙事，以及宪法第 6 条第 1 款关于“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”等相关规定就清晰地揭示了这一点。

那么，马克思和列宁是在什么样的背景下提出“国家所有”这个主张的，他们提出这项主张的目的是什么，他们又是在何种意义上来使用这一术语的呢?这些问题的答案似乎已经为国人所熟知，但实际上相关问题的复杂性并不如同想象地那般简单，需要我们对历史进行细致地梳理和分析。

（一）马克思与“土地国有”

在 1872 年的《共产党宣言》中，马克思和恩格斯是这样描述他们对于共产主义的理想和理论的。他们提出，“共产党人可以把自己的理论概括为一句话：消灭私有制……最先进的国家几乎都可以采取下面的措施：1. 剥夺地产，把地租用于国家支

[1] 比如，可以参见《法学研究》2014 年第 3 期发表的系列文章。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》等。

出；2. 征收高额累进税；3. 废除继承权；4. 没收一切流亡分子和叛乱分子的财产……”[1] 私有制消灭以后怎么办呢？马克思和恩格斯在《共产党宣言》中称，“资本因此不再是个人的，而是社会的（Capital is therefore not only personal; it is a social power）。把资本变为公共的、属于社会全体成员的财产，这并不是把个人财产变为社会财产。这时所改变的只是财产的社会性质。它将失掉它的阶级性质。”[2]

什么叫做“资本变为公共的、属于社会全体成员的财产”呢？这种“属于社会全体成员的财产”在法律上应当如何界定呢，是共同共有，按份共有，总有，抑或不再保留法律上的财产权制度，让全体成员随意享用所有的财产？在《共产党宣言》中，马克思和恩格斯并没有回答这个问题。但在同年的《论土地的国有化》一文中，马克思较为清晰地描述了他对这个问题的设想。他认为，

地产（The property in the soil）是一切财富的来源，现在成了一个依赖于未来的工人阶级解决的大问题。……我断言，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”（"Social Necessity"），这是任何关于财产权（the rights of property）的主张都阻挡不了。……如果放任少数个人按照他们的意愿和私人利益进行（农业）生产或者浪费地力，那么我们对于产品日益增加且紧迫的需求就无法得到满足。一切现代方法，如灌溉、排水、蒸汽型耕作、化学处理等等，都应当在农业中广泛采用。但如果不实行大规模的耕作，我们所拥有的耕作技术手段，如机器等，就不能有效地加以利用。

……从经济（学）的角度来看，既然规模经营比小块的和分散的土地耕作更为优越（即使在目前这种使耕作者本身沦为役畜的资本主义形式下），那么，要是采用全国规模的耕作，难道不会更有力地推动生产吗？……(法国)的农民土地所有权（peasant proprietorship）和零碎的耕作模式虽然可以保障法国农民都可以拥有土地，但是却排除了应用所有现代农业设施的可能性，将农民变成了社会进程，尤其是土地国有化（the nationalisation of land）最坚定的反对者。农民土地所有权因此成为土地国有化最大的障碍。

……社会运动（social movement）将会导致土地不得不属于国家所有（ the land can but be owned by the nation itself）。如果将土地交给联合起来的农业劳动者，就等于使整个社会受制于一个排他性的生产阶级。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或农业中的资本主义生产方式。到那时，阶级差别和各种特

[1] Marx/Engels, *The Communist Manifesto*, Marx/Engels Selected Works, Volume One, Translated by Samuel Moore in cooperation with Frederick Engels（1888）, Progress Publishers, Moscow, USSR, 1872/1969, pp. 98-137.
[2] Ibid.

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。与社会相对立的任何政府或国家权力将不复存在！农业、矿业、工业，总之，一切生产部门，将以最合理的方式逐渐组织起来。生产资料的全国性集中将成为由自由平等的生产者联合起来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规划进行社会活动。这就是19世纪的伟大经济运动所追求的人道目标。[1]

由此观之，马克思并不是在其他意义上，而完全是在财产法和财产权意义上来使用“国家所有”这个术语的。在他看来，随着现代科技的发展，大规模的机械化耕作将取代个体经营式的农业生产模式，所有农民都将工人化，届时将出现既可以避免土地私有和土地私人垄断所带来的地租剥削，又可以促进生产力大发展的“土地国有化”趋势。而所谓“土地国有化”就是要建立国家对土地所有权的垄断。

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。请注意，这个结论不是笔者的推测，在《剩余价值理论》一文中，马克思明白无误地指明了这一点。他认为，

在资本主义生产方式下，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方式下却完全是多余的。资本主义生产方式所需要的只是：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，这个目的就完全达到了。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]

（二）列宁对马克思理论的继承和发展

列宁继承了马克思对于“土地国有化”的看法。但他之所以这样做，除了马克思所提供的理由之外，还是因为俄国在20世纪初的特殊政治和社会形势使然。在19世纪的后半期，在谢尔盖·维特和斯托雷平两任首相的努力下，致力于推进本国资本主义发展的沙皇政府，不但废除了俄国的“农奴制”，而且推动农民从传统的村社-公社控

[1] Karl Marx, The Nationalisation of the Land, A Paper read at the Manchester Section of the International Working Men's Association, *The International Herald* No. 11, June 15, 1872.
[2] 当然，马克思批评资产阶级和资产阶级的理论家（比如大卫·李嘉图）仅仅试图从理论上否定土地私人所有权，在实践上却缺乏勇气。在马克思看来，资产阶级害怕攻击土地私有制会引起连锁反应，进而影响和威胁到他们对工业资本等财产私人所有权的拥有。马克思的原话是，“然而，他们在实践上却缺乏勇气，因为对一种所有制形式——一种劳动条件私有制形式——的攻击，对于另一种私有制形式也是十分危险的。况且，资产者自己已经弄到土地了。”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1975年版，第38-39页。

制中摆脱出来。这种改革尽管确实有利于农民从公社-村社中解放出来，也有力地推动了俄国资本主义的发展，但却由于改革的不公正，引发了农民对于土地改革的反对。用列宁的话来说，就是“撇开了一切‘按照宪法的’法律，以便使用暴力来摧毁村社”，“让掌握金钱的人去‘任意洗劫’中世纪的农村”，“赋予了富农一种 carte blanche（政府机关的空白用签），让他们去掠夺农民群众，去打破原有的土地所有制，使成千上万的农户破产。”[1]

1905 年革命发生以后，针对土地制度改革，当时的俄国主要出现了三种不同的主张。（1）杜马中的农民代表主张“104 人土地”，提出要以“土地国有化”对抗不公正的公社土地私有化，并提出要由“普遍、直接、平等和无记名投票选举”的方式成立地方土地委员会来管理国有土地；（2）孟什维克（以普列汉诺夫和马斯洛夫为代表）赞成把没收来的土地变成公有财产（森林、水域和移民所需的土地国有化，私有土地地方公有化）；（3）以 A.C.斯季申斯基和古尔科为代表的政府编纂委员会主张土地私有制，反对任何形式的土地公有制，地方公有化也好，国有化也好，社会化也好，都一概加以反对。[2]

在这三种方案中，列宁认为，第三种方案极端保守，有退回到农奴制的危险，不应该支持；第二种方案所提出的“地方公有化”是一个反动的口号，其不但将“各个区域中世纪式的各自为政理想化”，而且“助长了农民那种乡巴佬的偏狭落后和地方上的闭塞愚昧”，更重要的是，其还将削弱而非激化阶级斗争，因此也应该反对。在列宁看来，无产阶级应当“鄙弃小市民改良主义方法，因为我们感兴趣的是进行斗争的自由，而不是享受市侩幸福的自由”，所以第一种关于“土地的国有化”最值得支持。理由是，

这是用农民方式为资本主义“清洗土地”。……资本主义要求土地上的任何经营一律适应市场的新条件和新要求，适应农业技术的要求。土地国有化就是农民用革命的办法来实现这一要求，一下子把人民身上的种种中世纪土地占有制的腐败物全部抛掉。地主土地占有制和份地占有制都不应该存在，应该存在的只是新的自由的土地所有制——这就是激进农民的口号。这一口号最忠实、最彻底、最坚决地表达了资本主义的要求（尽管激进农民出于幼稚，画着十字来抵御资本主义的侵袭），表现了在商品条件下尽量发展土地生产力的要求。[3]

[1] 列宁：《社会民主党在 1905—1907 年俄国第一次革命中的土地纲领》（结束语），《列宁全集》第 13 卷（1907 年 6 月-1908 年 4 月），人民出版社 1959 年版，第 400-401 页。关于这段历史的详细梳理还可以参见金雁、秦晖：《农村公社、改革与革命：村社传统与俄国现代化之路》，东方出版社 2013 年版，第 4-6 章。金雁、秦晖通过对俄国斯托雷平土地改革经验教训的观察，得出了一个十分重要的结论，即不是“改革会引发革命”，而是“不公正的改革会引发革命”。

[2] 各方的主张参见列宁在 1907 年 11-12 月份在《社会民主党在 1905—1907 年俄国第一次革命中的土地纲领》（第五章）中所做的梳理和分析。该文收录在前引《列宁全集》第 13 卷，第 243-399 页。

[3] 同上，第 255、258 页。

不过，列宁认为，农民议员们虽然提出了“土地国有化”这一主张，但这仅仅是“受尽农奴制大地产压迫的农民群众自发地要求土地，……农民所想象的只是把地主大地产转到他们自己手中，用所谓土地归人民所有的词句来表达‘全体农民群众在这场斗争中态度一致’这一模糊的思想”幼稚主张罢了，他们“根本没有把土地转归人民同任何稍微确切的经济学概念联系起来”，[1]而且“他们之所以赞成国有化，并不是因为他们想要建立或者能够建立社会主义的农业，而是因为他们过去和现在都想要建立而且能够建立真正资产阶级的小农业。”[2]

那什么叫做“土地国有化”呢？列宁认为，土地国有化的理论概念是与马克思主义的地租理论不可分割地联系在一起的。他提出，

资本主义社会的土地国有化问题分为两个本质上不同的问题：级差地租问题和绝对地租问题。国有化更换级差地租的占有者，而根本消灭绝对地租。因此，土地国有化一方面是资本主义范围内的局部改良（更换一部分剩余价值的占有者），另一方面是取消阻碍资本主义充分发展的垄断权。……土地国有化不仅是资本主义迅速发展的结果，而且也是资本主义迅速发展的条件。认为土地国有化只是在农业资本主义高度发展时才能实现，那就等于否认土地国有化是资产阶级的进步的措施。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，并且由国家政权规定共同的土地占有和土地使用的规则。在土地国有化的情况下，这种共同的规则当然包括禁止一切中介行为，即禁止转租土地，禁止将土地让给自己不经营的人等等。再者，如果这里讲的是真正民主的国家（而不是像诺沃谢德斯基所说的那种孟什维克意义上的国家），那末国家土地所有制丝毫不排斥，反而要求在全国性的法律范围内把土地转交地方和省区自治机关支配。[3]

所以，在列宁看来，所谓“国家所有”就是通过“国有化”措施将土地所有权人变更为国家，然后由国家政权机关获得地租，从而从根本上消灭绝对地租。土地国有化以后如何分配和利用呢？在马克思那里，这个问题的答案并不明确，他仅仅强调要“废除绝对地租并将级差地租转交给国家”，并没有提供具体的方案。1907 年的列宁除了重复马克思的这个论断，并没有（也不愿）给出进一步有操作性的方案。他只是强调说届时将“由国家政权规定共同的土地占有和土地使用的规则。”对于“土地国有化是否是向土地分配的过渡”这个问题，“目前还不能作明确的答复”，因为“土地国有化以后革命的、勇于战斗的资产阶级（这里指的是农民，本文作者注）会转向反革命方面，要求（重新）分配土地，进而引起土地私有制的‘复辟’，而无产阶级不应该支持安于

[1] 同上，第三章，第 272 页。

[2] 同上，结束语章，第 403 页。

[3] 同上，第 276、298、314 页。

现状的资产阶级，要坚持反对所有这类要求的革命传统。”[1]

（三）“国家所有”在苏（俄）联的落实和发展

1917 年 11 月 7 日（俄历 10 月 25 日），“十月革命”发生，俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国成立。次日，第二次全俄苏维埃代表大会发布了《土地令》及其附件《农民关于土地的意见书》。根据该法令及其附件的规定，

土地之所有权立即取消，并永远废除，对原来土地私有者亦不与任何赔偿。一切土地——国家土地，皇室土地，宫廷土地，寺庙土地，教堂土地，工厂土地，长子继承土地，私人地主土地，公有土地，农民土地等等——都成为全民的财产。……应以全民的国家土地所有权代替土地私有权，……禁止土地的买卖、租赁及抵押。……地下矿产、森林及水流之所有权亦同样取消，但是普通农民及普通哥萨克的土地并不没收，仍归原主占有并使用之。[2]

1918 年 2 月 19 日，第三次全俄苏维埃代表大会又发布了《土地社会化法》，该法在《土地令》的基础上，要求将“全部可供使用的土地，平均分配给一切有‘土地使用权’的国民。为此，必须规定每一有劳动能力的人分地之劳动标准及消费标准；这标准……必须符合土地使用之历史习惯，但决不可超过每一个别农家之劳动能力，同时又使耕田者之家人都能得到充裕的生活”（第 12 条），不过，在土地使用权分配时，要“把土地使用权优先给予那不为私人收益而为公共福利工作的人们”（第 21 条），而农业公社及农业合作社应占此中之首位。[3]

1918 年 7 月 10 日，第五次全俄苏维埃代表大会通过了苏俄第一部宪法。该宪法第一篇《被剥削劳动人民权利宣言》的第 3 条第 1、2 项就规定，“为实现土地社会化，废除土地私有制，宣布全部土地为全民财产，并根据土地平均使用的原则无偿地交付劳动者使用。全国性的一切森林、矿藏与水利，全部家畜与农具，实验农场与农业企业均宣布为国有财产。”1936年通过的《苏维埃社会主义共和国联盟根本法（宪法）》（即“斯大林宪法”）第 6 条进一步将上述规定明确为，“土地、矿藏、水流、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企业和主要住宅，都是国家的财产，即全民的财产。”1977 年 10 月 7 日通过的《苏维埃社会主义共和国联盟根本法（宪法）》则将 1936 年宪法的规定调整为“国家所有制是全体苏联人民的

[1] 同上，第 300 页。金雁和秦晖两位学者由此得出结论说，列宁完全是从“破”的意义上去理解土地国有化的，他关于土地国有化的主张除了消灭绝对地租并把级差地租交给国家以外，并没有肯定（“立”）出任何确定的方案。在列宁看来，党“不应该用必须支持某种经济形式的决议来束缚自己”，也不要老是从“官吏的观点”去纠缠土地分配的具体问题。“问题的提法应当是：打到农奴制。”前引金雁、秦晖书，第 282 页。

[2] 转引自[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 46-47 页。

[3] 同上，第 48-49 页。

共同财产，是社会主义所有制的基本形式。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，城市基本房产以及为执行国家任务所必需的其他财产，均归国家所有。”（第 11 条）

那么“国家的财产，即全民的财产”的法律含义是什么意思呢？什么叫做“国家所有”呢？苏联的法学家们对此进行了系统的研究，并在计划经济时代逐渐发展出了一套所谓国家所有权的“统一性和惟一性”学说。[1]

所谓“统一的、唯一的国家所有权”的含义是，首先，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，他们只能属于国家不能属于其他；[2]其次，国家对土地以及森林、矿产及水流所独享的所有权使这些标的物都成为不能移转的。在苏联，国家管理机关亦无权转让。所以苏联土地法中只有关于土地“配给”及国家从土地使用人收回土地之条文，而没有“移转”（即脱离所有权人）之条文。成为所有权要素之一的处分权，即移转所有物之全权，在苏联法中是完全不适用的；[3]最后，由于国家独享土地所有权的结果，在苏联境内就不会有任何“无业主”之土地。苏联境内一切地面，及森林、水流都是有“业主”的，其业主就是苏维埃国家。任何一段荒地（无人居住、无人使用、无人占有的土地），都不是“无业主”的，未得国家的统一，任何人皆不得占用。[4]

有人可能会说，苏（俄）联人对于“所有权”这个术语的理解是错误的，因为他们混淆了所有权与主权之间的关系，误将国家对领土的主权当作对领土管辖内的土地所有权。这种意见是站不住脚的。因为苏（俄）联人明确意识到了主权与所有权之间的区别，但他们的目标就是要将“领土”与“国有土地”合二为一。在当时权威的《土地法教程》里面，苏联法学家清楚地指出了这一点。他们指出，

国家独享的土地所有权，与社会主义国家领土主权有着密切的关系。社会主义国家对领土的关系，与资产阶级国家对领土的关系根本不相同。在资产阶级国家中，所谓领土者，只是国家权力的空间界限。在资产阶级国家中，所谓领土主权者，是国家在地球上某一地面（作为他的权力空间）政治统治权之表现。但作为生产手段之土地，作为一切经营活动固定地盘之土地，大多数是私人的私有物，而且大多数是剥削阶级

[1] “统一的、唯一的国家所有权”这个术语是从孙宪忠教授那里借鉴过来的。在 2013 年的文章中，他总结到，在苏联法学关于国家财产所有权的学说中，有一个非常关键的理论，即“国家所有权的统一性和唯一性学说”。这个学说的含义是，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。这种源自前苏联法学家维涅吉克托夫《论国家所有权》（1948）的理论，在得到斯大林高度评价之后，遂成为社会主义国家里定性国家所有权的经典理论。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。

[2] 参见前引[苏]卡山节夫（1950）书，第 97 页。

[3] 同上，第 98 页。

[4] 同上，第 99 页。

的私有物。有时土地也是资产阶级国家的所有权之标的，但这时所谓国家也者，不过是一个集体的资本家而已，不过是剥削阶级的社会组织而已。……但在社会主义国家中，领土不仅是国家权力的空间界限，而且是国家独享的所有权之标的，而且是全民的财产。他是社会主义经济的对象。[1]

请注意，在这里只是想指出，前苏联法学并没有混淆国家对领土主权与财产法上土地所有权之间的关系，并不是说前苏联法学所建构起来的“统一的、唯一的且由公权力来行使的国家所有权”的理论是正确的。这个问题随后我会讨论，这里暂且按下不表。

三、“国家所有”引入中国

诞生于 1920 年的中国共产党接受了来自德国和俄罗斯导师的教诲，决心要没收包括土地在内的所有生产资料，以期在中国建立社会主义乃至共产主义。但是对于如何理解《共产党宣言》关于土地制度的主张，以及未来要在中国建立何种土地产权制度，这个年轻的政党最初并不确定，为此它进行了很长时间的探索。

（一）模糊的土地公有

在最初的一段时间里，生产资料“公有”被理解为“共有共用”。1920 年通过的《中国共产党宣言》第 1 条即宣布，“A. 对于经济方面的见解，共产主义者主张将生产工具—机器工厂，原料，土地，交通机关等—收归社会共有，社会共用。要是生产工具收归共有共用了，私有财产和凭银制度就自然跟着消灭。社会上个人剥夺个人的现状也会绝对没有，因为造成剥夺的根源的东西—剩余价值—再也没有地方可以取得了。……”[2]

1927 年 11 月湖南醴陵地区暴动后，实行的就是“共同耕种、共同消费”的土地政策。他们打破私有制度，凡属田地一概没收，牛只、肥料、犁具、猪一概公用，“真是‘你的是我的，我的就是你的’”，[3] 1927 年 12 月爆发的广州起义则使用的是“苏维埃公有”这个术语。中共中央在总结这次起义的经验和教训时指出，

……因此中央特训令各级党部更有决心更正确的执行中央暴动的策略，主要的是对于没收土地和建设苏维埃政权的执行。……（一）没收一切地主祠庙等土地，一切土地归苏维埃公有，由苏维埃支配——凡是能耕种的都可以分到土地。（二）一切土地实行共有后，从新分非农民耕种，由县苏维埃政府的名义发给土地使用证（县苏维埃未成立时由当地最高苏维埃发给）。旧时田契佃约一概宣布废除，土地不能买卖，并打破耕者有其原来耕地之观念，即从地主没收土地交给原佃和自耕农土地不摇动的

[1] 同上，第 100 页。
[2] 《中共中央文件选集》，第 1 册，北京，中共中央党校出版社 1989 版，第 547 页。
[3] 转引自郭德宏：《第二次国内革命战争时期党的土地政策的演变》，《中国社会科学》，1980 年第 6 期；

观念。[1]

到了 1930 年代以后，社会主义的土地制度革命目标开始被解释为“土地国有”。1931 年 2 月 8 日，在第九号通告《土地问题与反富农策略》中，苏区中央局明确提出：

土地问题的彻底解决是“土地国有”，土地国有的实现，只有在全国苏维埃胜利与全国工农专政的实现的条件下才有可能。农民是小私有生产者，保守私有是他们的天性，在他们未认识到只有土地社会主义化，才是他们的经济出路以前，他们是无时不在盼望着不可求得的资本主义前途。所以，他们热烈地起来参加土地革命，他们的目的，不仅要取得土地的使用权，主要的还是要取得土地的所有权。……所以目前正是争取全国苏维埃胜利斗争中，土地国有只是宣传口号，尚未到实行阶段。必须使广大农民在革命中取得他们惟一热望的土地所有权，才能加强他们对于土地革命和争取全国苏维埃政权胜利的热烈情绪，才能使土地革命更加深入。[2]

1934 年 1 月颁布的《中华苏维埃共和国宪法大纲》再次重申了“只有土地国有才能彻底解决中国土地问题”这一主张。其规定，“中华苏维埃政权以消灭封建剥削及彻底的改善农民生活为目的，颁布土地法，主张没收一切地主阶级的土地，分配给雇农、贫农、中农，并以实现土地国有为目的。……在苏维埃领域内，帝国主义的海陆空军绝不容许驻扎，帝国主义的租界租借地无条件的收回，帝国主义手中的银行，海关，铁路，航业，矿山，工厂等一律收归国有，在目前，可允许外国企业重新订立租借条约继续生产，但必须遵守苏维埃政府一切法令。”[3]

（二）“国家所有”含义的明确化

如果说上述宪法性文件或政治文件在提到“国家所有”时，只是进行抽象素描或者只是提出没有具体落实方案抽象口号的话，那么 1949 年 10 月建政以后，作为执政党的中国共产党，就必须明确“国家所有”的准确含义，并界定“国家所有”的时空范围了。

1950 年 6 月底，《土地改革法》颁布。依据这部法律的规定，除没收和征收所得土地外，（1）（农民）分配土地时，县以上人民政府得根据当地土地情况，酌量划出一部分土地收归国有，作为一县或数县范围内的农事试验场或国营求救农场之用；（2）大森林、大水利工程、大荒地、大荒山、大盐田和矿山及湖、沼、河、港等，均归国家所有；（3）使用机器耕种或有其他进步设备的农田、苗圃、农事试验场及有技术性的大竹园、大果园、大茶山、大桐山、大桑田、大牧场等，由原经营者继续经

[1] 《广州暴动之意义与教训》（1928 年 1 月 3 日中国共产党中央临时政治局会议的议决案），《中共中央文件选集四（1928）》，中共中央党校出版社 1983 年版。
[2] 《第一、二次国内革命战争时期土地斗争史料选编》，北京：人民出版社 1981 年版，第 121 页。
[3] 《中华苏维埃共和国宪法大纲》（1934 年 1 月），第 6、8 条。

营，不得分散。但土地所有权原属于地主者，经省以上人民政府批准，得收归国有；（4）沙田、湖田之属于地主所有或为公共团体所有者，均收归国家所有，由省以上人民政府另定适当办法处理之；（5）铁路、公路、河道两旁的护路，护堤土地及飞机场、海港、要塞等占用的土地，不得分配。已划定线路，并指定日期开辟的铁路、公路、河道及飞机场等应保留土地者，须经省以上人民政府批准。[1]

同年 11 月，政务院则公布了《城市郊区土地改革条例》。依据该条例规定，（1）地主在城市郊区的土地、耕畜、农具、多余的粮食及其在农村中多余的房屋，照土地改革法第二条规定予以没收；（2）祠堂、庙宇、寺院、教堂、学校和团体在城市郊区的农业土地和荒地，照土地改革法第三条规定予以征收；（3）工商业家在城市郊区的农业土地和荒地及原由农民居住的房屋，照土地改革法第四条规定予以征收；（4）城市郊区所有没收和征收得来的农业土地，一律归国家所有，由市人民政府管理，连同国家在郊区所有的其他可分的农业土地，交由乡农民协会按照土地改革法第十一条及十二条规定的原则，统一地、公平合 理地分配给无地少地的农民耕种使用。[2]

1954 年，内务部对上述规定进行了再次确认，并对当时的国有土地范围进行了明确界定。其指出，“国有土地，系指土地改革法第十五、十八、 十九、 二十五、二十六各条及城市郊区土地改革条例第九条所包括的土地以及国家机关、企业、学校、团体等所接收、接管和征用的土地而言。”“国家机关、企业、学校、团体、公私合营企业、私营企业或私营文教事业等经批准按照本办法征用土地之土地及房屋，根据本办法第十八条的规定，产权均属于国家；并根据本办法第十五条的规定，其产权转移时，一律免交纳契税。国家机关、企业、学校、团体及公私合营企业使用国有土地时，由当地政府无偿拨给使用，均不须交纳租金。私营企业或私营文教事业使用国有土地时，应当政府交纳使用费。其合于减免条件者，并得酌情减免。”[3]

1954 年，中华人民共和国制定了第一部正式宪法。在这部宪法的制定过程中，人们对于哪些资源资源或者财产的所有权归属进行了热烈讨论。这一年的 3 月 23 日，宪法起草袁辉第一次全体会议召开。会上，毛泽东代表中共中央向宪法起草委员会提出了宪法草案（初稿）。该草案（初稿）规定，“中华人民共和国的生产资料所有制现在有下列各种：国家所有制即全民所有制；合作社所有制；个体劳动者所有制；资本家所有制”（第 6 条）；“中华人民共和国的矿藏、水流、大森林、大荒地和其他由法律规定为国有的资源都属于全民所有，由国家经营、或者委托合作社经营，或者租

[1] 《中华人民共和国土地改革法》（1950 年 6 月 28 日中央人民政府委员会第八次会议通过），第 15、18、19、25、26 条。
[2] 《城市郊区土地改革条例》第 3、4、5、9 条（1950 年 11 月 10 日政务院第 58 次政务会议通过，1950 年 11 月 21 日公布）。
[3] 内务部：《关于执行国家建设征用土地办法中几个问题的综合答复》（1954 年 4 月 27 日内地（54）字第 30 号公函发出），载《江西政报》1954 年第 9 期。。

给他人经营”（第 8 条）。其还同时规定，国家依照法律保护农民的土地所有权和其他生产资料所有权（第 10 条）；依照法律保护手工业者和其他非农业的个体劳动者的生产资料所有权（第 11 条）；依照法律保护民族资本家的生产资料所有权和其他所有权（第 12 条）；国家保护公民的合法收入、储蓄、住宅和各种生活资料的所有权和继承权（第 13 条）；国家在公共利益需要的时候，可以依照法律规定的条件，对城乡土地和其他生产资料实行征购、征用或者收归国有（第 14 条）。[1]

随后，宪法起草委员会按照各民主党派、无党派民主人士、各人民团体、教科文等单位划分了 17 个座谈小组，分头讨论和研究了这个草案（初稿）。全国政协和各省市的领导机关、各民主党派和各人民团体的地方组织以及部队领导机关，也通过座谈会等方式对该草案（初稿）进行了多视角的讨论和研究。

在全国政协组织的第一次和第二次宪草座谈会上，有建议认为，应当“参考苏联经验在第 2 款把有关国计民生的大企业、大工厂等也明文规定为全民所有”，将“第 6 条第 2 款中的水流改为河流”。[2]而在 1954 年 3 月 31 日到 4 月 9 日的第四次和第五次宪草座谈会上，有人提出疑问说，“领海、领空是否包括在资源之内？大森林、大荒地的’大’是大到什么程度？”“城市修马路要拆房屋，房屋的地基是否是生产资料？能否征用？一部分生活资料，比如住宅，是否也可征购、征用或收归国有”？座谈会建议将第 5 条改为，“中华人民共和国的生产资料所有制现在的形式是：国家所有制即全民所有制、合作社所有制、个体劳动者所有制和资本家所有制”，“第 11 条可仿照苏联宪法第 10 条的写法：公民对其劳动收入及储蓄、住宅及家庭副业、家常及日用器具，自己消费及享乐品之个人所有权，以及公民个人财产之继承权，均受法律保护。”[3]

1954 年 4 月 12-20 日，宪法起草委员会办公室陆续接到华北区、西南区、山西、辽东、辽西、热河、青海、北京、唐山、旅大等 21 个省市的修改意见。有省市提出，“第 6 条规定山为国家所有，但是山上的药材属于国家所有呢？还是人民可以随便挖？有的山是私有的，山下的矿是否也归私有？水流包括些什么？资源包不包括工厂？中苏石油公司算不算租给他人？中苏联合开采有色金属的经营方式，为什么不写在第 6 条内？第 8 条 ‘保护农民的土地所有权’是否把集体农民和个体农民都包括在内？”，还有意见建议将“水流改为水产。”[4]

4 月 21-26 日，宪法起草委员会办公室又接到华东区、中南区等 26 个省市以及解

[1] 中国共产党中央委员会：《宪法草案（初稿）》。具体条文转引自韩大元：《1954 年宪法与中国宪政》，法律出版社 2014 年版，第 110-111 页。
[2] 本次座谈会讨论记录收录在宪法起草委员会印发的《宪法草案初稿讨论意见汇编（一）》（1954 年 4 月 5 日）中，转引自上引韩大元书，第 127-128 页。
[3] 《宪法草案初稿讨论意见汇编（四）》（1954 年 4 月 15 日）中，资源来源同上，第 129、131 页。
[4] 《宪法草案初稿讨论意见汇辑（七）》（1954 年 4 月 27 日），资料来源同上，第 165 页。

放军工兵司令部和人民革命军事委员会空军小组的意见。有意见提出，希望能够明确“第 6 条的矿藏是指什么？大荒地是否包括大山地在内？第 8 条第 1 款规定‘国家依照法律包括农民的土地所有权’，……少数民族畜牧区的生产资料（牛羊）是否要保护？城市土地所有权是否亦予以保护？”；还有意见建议将第 6 条第 2 款中的“矿藏”改为“土地及其蕴藏，如矿山、矿井”，并在这一款中增加“大企业、交通、银行等操纵国计民生的经济，由国家经营；交通运输，银行、邮电等都属于全民所有。”[1]

在 5 月 3-13 日的意见中，西南区、松江省、西康省、沈阳市等 33 个省市建议，在第 6 条增加“牧区草原属于部落所有；粮食归国家掌握，水流下面加内海、大草原、大沙漠、大山脉或自然资源”或者将“水流改为河海、水力或海洋、河川”，在第 8 条增列“国营企业的土地为全民所有的规定”。[2]西北区、华东区、中南区、内蒙古自治区等 26 个地方单位和军委空军小组和炮兵小组则在 5 月 25-31 日的意见中提出疑问说，第 5 条“全民所有制”的“全民”指那些人？是否包括资本家？第 6 条小森林是否可以不属于国家所有？他们建议在第 10 条增列“公司合营企业的生产资料所有制属于国家和资本家的联合所有，是走向全民所有制的过渡形式”的规定。[3]

5 月 6 日-22 日，宪法起草座谈会各组召集人召开联席会议。会议对前期的讨论进行了总结，并集中研究了草案（初稿）中的疑难问题。在讨论到总纲“国家在公共利益需要的时候，可以依照法律规定的条件，对城乡土地和其他生产资料实行征购、征用或者收归国有”的规定时，陈叔通提出疑问说，“收归国有是不是指原来是国有的，现在要收回来？”李维汉回答说，“不限于原来是国有的，包括把条件已经具备的私营企业收为国家。’归’字可改为’为’字。罗隆基问，“这一条讲生产资料，房屋不是生产资料，包括不包括房屋”？田家英说，“这一条没有包括房屋，但实际上，国家建设也会征购房屋，这可以在单行法里规定。”李维汉说“这一条不能不写，也不能不谨慎写，所以还加了条件，即‘根据法律规定的条件’”。[4]

5 月 27 日，宪法起草委员会第二次全体会议在中南海勤政殿召开。会议讨论了《宪法草案（初稿）》中一些重大理论问题。在讨论到“国家保护公民的合法收入、储蓄、住宅和各种生活资料的所有权和继承权”这一规定时，刘少奇和李维汉建议将“住宅”改为“房屋”，薄一波提出，“城市里有房地产公司，他们的房屋与公民的个人财产不同，把住宅改成房屋，包括出租的在内，就包括了房地产公司的房屋，性质就不同了，是否把保护改成依照法律保护”？邓小平说，“城市地产是国家所有的，没有什么问题。房屋出租的，一般是有两所或几所房屋，自己住一所，其余出租，

[1] 《宪法草案初稿讨论意见汇辑（十）》（1954 年 5 月 6 日），资料来源同上，第 167-168 页。
[2] 《宪法草案初稿讨论意见汇辑（十九）》（1954 年 6 月 5 日），资料来源同上，第 169 页。
[3] 《宪法草案初稿讨论意见汇辑（二十三）》（1954 年 6 月 22 日），资料来源同上，第 171-172 页。
[4] 资料来源同上，第 228 页。

这样也有好处，就是房屋出租也有好处，国家用限制租金、征税来解决这个问题，房地产公司与这个性质不同，可以另外解决。”在讨论到“国家依照法律保护公民的私有财产的继承权”时，田家英认为，“私有财产包括生产资料和生活资料”，对此刘少奇说，“有所有权，就有继承权，只有所有权，没有继承权，就没有道理了。”[1]

1954 年 6 月 8 日下午 4 时，宪法起草委员会召开第六次全体会议。在讨论第 6 条关于生产资料所有制问题时，叶圣陶认为，“本条第 2 款‘……都属于全民所有’，可改为‘……都为全民所有’”。张奚若认为，“属于和所有在字义上重复。建议改为’’……都为全民所有’”。李维汉认为，“如果把全民所有当做一个整体来看，这里写属于就不重复了”。黄炎培认为，“恐怕改为都归全民所有比较明确一些”。马叙伦则认为，“归字的意思是指人家的东西，现在归了你；属于的意思就是指自己所有的。我同意还是照原文’都属于全民所有’”。李济深认为，“可以把属于的于字去掉”。田家英表示不赞成，“只用一个属字，太文了。我同意照原文。”刘少奇认为，“在没有更好的文字之前，就照原文定下来。”[2]

此后，宪法修改委员会基本上没有再讨论详细国家所有的问题了。1954 年 9 月 6 日出席第一届全国人大第一次会议的代表对《宪法草案》进行了讨论，并提出了许多修改意见，其中有代表提出“矿藏等属于全民所有。正在开采的矿产、矿井，以及部分为人民利用的水流如果也属于全民所有，就应明确规定。”但这个建议并没有被采纳。[3]

1954 年 9 月 20 日，第一届全国人大第一次会议通过了中国人民共和国第一部正式宪法。该宪法确认“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；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），规定“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”（第6条第2款）。其同时也要求国家依照法律保护农民的土地所有权和其他生产资料所有权，手工业者和其他非农业的个体劳动者的生产资料所有权和资本家的生产资料所有权和其他资本所有权（第 8 条第 1 款、第 9 条第 1 款和第 10 条第 1 款），保护公民的合法收入、储蓄、房屋和各种生活资料的所有权，

[1] 同上，第 277-278 页。令人诧异的是，在 1949-1954 年间，中华人民共和国只规定过“城市郊区的部分土地可以征收或者没收为国家所有”（参见上文所引 1950 年《城市郊区土地改革条例》），并没有颁布过任何关于“城市的土地属于国家所有”或“城市的地产归国家所有”的规定，但邓小平同志却在 1954 年制宪过程中称“城市地产是国家所有的，没有什么问题。”为什么会出现这种情况呢？笔者尚没有查到可靠的资料来加以解释。但邓小平的这种观念极有可能是受到了苏联土地法的影响。因为早在 1918 年 8 月 20 日，苏俄就曾颁布《城市不动产私有权废除令》。该法令第 1 条和第 6 条规定，“城市中之一切土地，无论是建筑地或空地，不论是属于私人或属于工业企业，或属于城区内之其他机关，其私有权皆一概废除，不得有例外，所有市地皆需移交地方政府机关。”转引自前引卡山节夫书，第 52 页。
[2] 同上，第 294-295 页。
[3] 同上，第 365-366 页。

保护公民的私有财产的继承权（第 11 条、第 12 条）。同时，其也规定，国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定的条件，对城乡土地和其他生产资料实行征购、征用或者收归国有（第 13 条）。

（三）“国有化运动”的狂飙突进

1954 年宪法虽然规定国家要保护公民的城乡土地所有权，但这部宪法的序言也清晰地宣告，“从中华人民共和国成立到社会主义社会建成，这是一个过渡时期。国家在过渡时期的总任务是逐步实现国家的社会主义工业化，逐步完成对农业、手工业和资本主义工商业的社会主义改造。”

所谓“社会主义改造”，确实如同苏联人所做的那样，其目标就是要在生产资料（包括土地、矿产等自然资源）领域建立“借助公权之手来处理私权之事”的制度——计划经济的本质就是这样的。不过，与苏（俄）联对土地制度的社会主义改造不同，中国大陆在 1950 年代所进行的社会主义改造并没有采取“通过将领土范围内的所有土地等自然资源所有权全部无偿国有化”这种极端措施，也没有按照“统一的、惟一的国家所有权”来处理所有的自然资源产权问题。[1]

在中国的农村，土地产权的社会主义改造被定位为是从“农民土地所有权”向“集体土地所有权”而非“国家土地所有权”转化（请注意：苏联土地全盘所有化之后，集体农庄不享有所有权，只享有土地使用权）。那为何不按照直接对农村土地实行“土地国有制”，而只是进行“劳动群众的集体所有”呢？在 1956 年 6 月第一届全国人民代表大会第三次会议讨论《高级农业生产合作社示范章程》时，针对这一问题，时任农业部部长的廖鲁言在《关于<高级农业生产合作社示范章程>的说明》中是这样解释的，“土地归合作社集体所有，容易为广大农民所接受，也同样可以保障社会主义经济建设的正常进行；如果实行土地国有，反而可能引起农民的误解。”[2]

而在城市，虽然 1955 年年底，中央书记处第二办公室《关于目前城市私有房产基本情况及进行社会主义改造的意见》提出了“土地国有化”的目标，但其仅仅是规定“一切私人占有的城市空地、街基等地产，经过适当的办法一律收归国有”，不是所有的城市土地都收归国家所有。[3]为何不将城市的土地一律“国有化”呢？主要原因在于，中国共产党认为城市私有房地产的社会主义改造应该通过“和平赎买、支付定息”

[1] 事实上，除了苏联以外，东欧社会主义国家也都没有像苏联那样在革命后宣布将全国的土地都收归国有，它们跟中国一样也是“分期分批实行国有化的”，直到 1989 年，东欧的一些社会主义国家（比如匈牙利、罗马尼亚）仍允许宅基地私有。参见周诚：《土地经济学》，农业出版社 1989 年版，第 151、248 页。

[2] 廖鲁言：《关于<高级农业生产合作社示范章程（草案）>的说明》（1956 年 6 月 15 日第一届全国人大第三次会议）。由于中国农村土地如何被集体化这一问题不属于本文讨论的重点，感兴趣的读者可以参见笔者之前的研究，程雪阳：《公法视角下的中国农村土地产权制度变迁：1921-2010》，《甘肃行政学院学报》，2010 年第 1 期。

[3] 参见中央书记处第二办公室：《关于目前城市私有房产基本情况及进行社会主义改造的意见》1955 年 12 月 16 日。

（即国家经租、公私合营以及政府出台有关租金、房屋修缮等方面的规定）而非“概括无偿国有化”的方式实现。[1]对此，1958 年 6 月，毛泽东在看到中共中央办公厅编印的《党史资料汇报》（第一号）上刊登的 1920 年《中国共产党宣言》中文译本时，也曾做出批示说，“不提反帝反封建的民主革命，只提社会主义的革命，是空想的。作为社会主义革命的纲领则是基本正确的。但土地国有是不正确的。没有料到民族资本可以和平过渡。更没有料到革命形式不是总罢工，而是共产党领导的人民解放战争，基本上是农民战争。”[2]他这里所说的“土地国有是不正确的”应该指的就是“土地概括无偿没收为国有是不正确的”。

不过，“文化大革命”的爆发改变了一切。在“革命行动”和“造反有理”的口号下，私有房屋和城市土地私有制被当作城市资本主义的最后一条“尾巴”，成为“革命”的对象。1966 年 9 月 26 日，北京市房地产管理局在《关于接管私房的若干规定》中率先提出，“除按农村六十条规定，应归生产队所有者外，城市私有土地一律收归国有”。1967 年 11 月，国家房产管理局、财政部税务总局在对某地方领导关于城镇土地国有化的请示中也答复称，“中共中央批转中央书记处二办文件中‘一切私人占有的城市空地、街基等地产，经过适当办法一律收归国有’，其中街基等地产应包括在城镇上建有房屋的私有宅基地。”此后，“城市土地的国有化”运动开始在全国蔓延，直到 1979 年，福建省泉州市革委会还在发布“城市土地归国家所有”的规定。[3]

在 1980-1982 年宪法修改过程中，如何处理土地、矿产等自然资源的产权归属问题，再次成为宪法修改委员会讨论的重点。在 1982 年 3 月 10-12 日的分组讨论过程中，程子华说，笼统地规定矿藏、水流为国家所有，不够确切，农村有些小煤窑、小河渠是集体搞起来的。乌兰夫说，关于草原、荒地的所有权问题，很重要。他认为，草原、荒地归集体所有，造成无计划地滥肆开垦。“文化大革命”期间，内蒙草原开荒 650 万亩，结果变成了沙漠，破坏了植被，既不长粮食，也不长草，北京的风沙就是从内蒙吹来的。“围海造田”的效果也很不好。草原、荒地的所有权究竟如何规定，全民、集体如何摆，是个很大的问题。4 月 12 日下午宪法修改委员会第三次全体会议上，宪法修改委员会秘书长胡乔木在介绍宪法草案时提到，矿藏、水流、森林、山地、草原、荒地、滩涂和其他自然资源，首先肯定国有，然后才是“除外”。集体的资源，

[1] 城市私有房产社会主义改造基本方式的详细规定，参见上引中央书记处第二办公室（1955）年文。另外，《人民日报》1958 年 8 月 6 日发表的《中央主管机关负责人就城市私有出租房屋的社会主义改造工作发表谈话》中也提到，当时对私有出租房屋的社会主义改造，“基本上是按照中国共产党对资本主义工商业的社会主义改造的方针、政策来进行，也就是采取类似赎买的办法，将私有出租房屋通过国家经租或者“公私合营”等方式纳入国家直接经营管理的轨道，在一定时期内给房主以固定的租息，来逐步改变私房的所有制。”

[2] 《在一九二o年<中共共产党宣言>上的批语》，载《建国以来毛泽东文稿》，第七册，北京，中央文献出版社 1992 版，第 296 页。

[3] 关于这段历史的详细梳理，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；杨俊峰：《我国城市土地国有制的演进与由来》，《甘肃行政学院学报》2011 年第 1 期。

如小煤窑，只有使用权，没有所有权；江华提出，《森林法》应当修改补充。他说，现在1000多万亩荒地，湖南省有一部分国有，大部分是集体的，集体的管得很好，国有的就不行。[1]

而在谈到土地问题时，“有人提出，宪法对土地问题，包括土地所有权、使用权、租赁、合理利用和征用等问题都应当做出明确规定。土地是重要的生产资料和自然资源，而我国前几部宪法对它都没有作出全面的明确的规定。一九五四年宪法只规定'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。'以及'国家依照法律保护农民的土地所有权'，但对城市和城市近郊的土地所有权没有规定，山岭、草原、滩涂等也未作规定。宪法修改委员会采纳了这一建议。”[2]

1982年4月12日下午，宪法修改委员会秘书长胡乔木向第三次全体会议介绍了在土地问题上分歧。他提到，

土地所有权做了文字改动。有人提议城乡土地一律规定为国家所有，另有人则认为，农村土地国有，会引起很大震动，没有实际意义。开始的时候，土地为农民个体所有，合作化后已经归了集体。所以不必宣布国有。如果规定农村土地一律国有，除了动荡，国家将得不到任何东西。即使宪法规定了国有，将来国家要征用土地时，也还是要给农民报酬。由于目前没有统一的法律规定，因此出现不好的现象，例如农民要价过高，提出种种苛刻的条件。现在规定征用的统一办法。既然不许买卖，所以国家不用“征购”，而只提“征用”。[3]

1982年12月4日，现行宪法通过。其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；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10条第1款和第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。”

通过对1954年宪法制定过程以及1982年宪法修改过程的梳理，我们至少可以得出如下三个结论：

其一，虽然在过去的六十多年间，人们对于“哪些财产应当属于国家所有，哪些财产可以属于公民、个体劳动者以及资本家所有”认识不一，虽然中华人民共和国的两部宪法同时使用了所有制和所有权这两个不同的术语，虽然土地、矿藏、水流等自然资源的产权制度规定在“总纲”而不是“公民的基本权利与义务”之中，但是当时的人们在讨论所有制时，就是希望通过宪法来明确各种财产的所有权归属，宪法在使用“国

[1] 转引自许崇德：《中华人民共和国宪法史》（下），福建人民出版社2005年版，第399、403-404、416、423页。
[2] 肖蔚云：《我国现行宪法的诞生》，北京大学出版社1986年版，第42页。
[3] 前引许崇德书，第665—666页。

家所有”这个术语时，就是希望界定国家对哪些财产拥有所有权。

其二，马克思列宁主义的理论和苏联宪法的规定，强烈地影响了当代中国人对于自然资源产权制度和“国家所有”的认识。这不仅抽象地表现为，刘少奇在《关于中华人民共和国宪法草案的报告》（1954）中明确表示，“有些外国资产阶级报纸失望地发现，在我们宪法草案中所宣布的道路，就是'苏联所走过的道路'。是的，我们所走的道路就是苏联走过的道路，这在我们是一点疑问也没有的。苏联的道路是按照历史发展规律而为人类社会必然要走的道路。要想避开这条路不走是不可能的。我们一向认为马克思列宁主义是普遍的真理”，[1]而且具体体现为1954年宪法第6条第2款关于“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”的规定，其实就是对苏联1936年宪法“临摹”——上文已经提到，苏联宪法的第6条规定“土地、矿藏、水流、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企业和主要住宅，都是国家的财产，即全民的财产。”而1982年宪法则是以1954年宪法为基础进行修改的，其在“国家所有”这个问题上继承、延续和发展了五四宪法的精神。

最后，无论是1936年苏联宪法，还是中国1954年宪法和1982年宪法，它们之所以要对一些财产实行“国有化”，之所以要规定某些自然资源属于国家所有或全民所有，主要是希望通过用国家垄断这些资源的财产所有权，从而确保相关收益可以归全民共享。不过由于两国先后建立了计划经济体制，因此他们选择通过“行政之手来行使自然资源的产权”的方式，来实现“自然资源收益归全民共享”这个目标——这为今天的很多争论埋下了伏笔。

四、历史的启示

如果说上文对马克思列宁主义理论，苏（俄）联宪法以及我国五四宪法相关条款梳理和知识考古学考察，能对今天我们理解和解释中国宪法上“国家所有”有所助益的话，笔者认为，以下几点是非常重要的：

（一）为我国宪法序言所确认作为“指导思想”的马克思列宁主义确实提出或支持“土地的国家所有”这一主张。在他们看来，无论是基于经济发展的要求，还是为了避免剥削和社会不公，土地“国家所有”都是必须的。不过，他们并不认为“国家所有”与社会主义有必然的、不可分割的联系，他们所主张的“国家所有”也不仅是一种抽象的所有制，而且是要通过这一套所有制以及支撑所有制的经济和财产制度，确保“国家作为财产权所有者有获得相应地租的权利”。这意味着，他们主要是从财产法和财产

[1] 这段话是毛泽东同志加上去。参见《对刘少奇〈关于中华人民共和国宪法草案的报告〉（草稿）的批语和修改》，《建国以来毛泽东文稿（第4册）》，中央文献出版社1990年版，第548页。

权的角度来分析和处理“国家所有”这个问题的。请注意，我们可以不赞成马克思和列宁对于“国家所有”的界定，但我们必须了解他们在谈论这个问题时究竟在说什么。[1]

（二）前苏联和 1949 年以后的中国接受了马克思列宁主义的指导，并按照后者的理论来改造了各自的社会。不过，历史的梳理表明，前苏联法和中国法在建立“国家所有”这个制度时，并没有误解国家在财产法上的所有权与国家对领土的主权之间的关系。相反，它们正是因为看到了这两者之间的区别，所以希望通过公共权力来控制所有权。具体来说，就是将财产法意义上的自然资源所有权界定为国家所有，或者通过其他方式（国有化、征收等）将非国有自然资源变为国家所有，然后由代表人民的苏维埃或者人民政府通过统一行使公权力的方式来确保这些资源和这些资源的收益归于全体人民。

（三）国家独占土地等自然资源的所有权固然可以防止来自资本的剥削和由此导致的贫富分化，但其同时也导致公权力和控制公权力的人以“人民的名义”掌握国有自然资源的开发、利用和收益的权利。在“革命热情”高涨的年代，这种假“公权”之手来行使“私权”的机制也许可以节省很多交易成本，并有利于自然资源的合理利用。但革命高潮退却之后，留在自然资源领域的权力则会无可避免地带来大量的贪污、腐败和浪费。最近发生在中国的涉及石油、土地等自然资源管理和产权出让的周永康案、谷俊山案就是最好的注脚。

也许正是因为看到了上述社会现实，所以当下中国的很多学者更愿意将国家所有权定位为公法上的“行政管理权”而非私法上的“财产所有权”，并希望藉此对国家所有权加以严格地公法规制。[2]笔者理解这种良苦用心，但并不认为这种思考路径和研究结论值得支持。原因在于，对于法律规范的解释，应该在以现行宪法为基础的法秩序范围内进行，应当注意法秩序内不同规范之间的协调关系，而且除非万不得已，不应当随意突破现行法秩序的基本原则和指引方向。

上文的知识考古和法律规范梳理已经表明，“国家所有”这个术语最初是以“财产

[1] 实际上，有很多社会主义和共产主义的支持者都不同意马克思和列宁关于土地国有与社会主义关系的论述。在 1888 年的《土地国有化、国家社会主义和现代社会主义》一文中，澳大利亚 W.R. Winspear （此人是澳大利亚第一份社会主义报纸的出版商和编辑）就认为，社会主义分为国家社会主义和现代社会主义两种，前者的本质是权力不受制约（State Socialism is unrestricted AUTHORITY），所有的土地、资本和生产资料都掌握在国家的手里，每个个体只是国家的职员，受雇于国家并从国家那里领取薪水。这种社会主义虽然试图用土地国有化等方式实现国家对于土地的垄断，其结果必然是，国家的垄断最终蜕化为国家管理人员，特别是高级管理人员的垄断，人们将因此失去珍贵的自由。现代社会主义的目标则是自由不受制约和平等合作（ Modern Socialism aims at unrestricted Liberty and equitable co-operation）。其反对将土地国有化，反对国家垄断土地等自然资源，鼓励通过自由、平等和友爱的原则来解决资源占有不均的问题。See W.R. Winspear, Land Nationalisation, State Socialism and Modern Socialism, in 'The Australian Radical' May 26, 1888.

[2] 除了前文所引巩固的文章以外，持有“公权力说”的研究还有，陈仪：《保护野生动物抑或国家所有权——从私割鲸肉应否处罚谈开去》，《法学》2012 年第 6 期；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 期等。

所有权的方式”进入到我国法秩序的，而且将这一术语带入中国法秩序的马克思列宁主义迄今为止依然是我国现行法秩序的组成部分，因此对于我国宪法中的“国家所有”的解释，不应忽略这一点。当然，这并不是说我们要教条式地执着于马克思列宁主义的某些具体论述，也不是说要对计划经济时代残留下的“统一、惟一且由公权力来行使的所有权”理论不加反思的加以维护。相反，我们要在现行法秩序内推动“国家所有权”理论的发展和完善。

如何实现这一目标呢？依照笔者愚见，首先要把现行宪法中的**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，前苏联法和大部分中国现行法虽然坚持了这一点，但却用计划经济的方式来落实马克思和列宁的这一主张，所以建立了“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，我们完全可以抛弃计划经济时代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，从而实现自然资源的“行政管理权”与自然资源的“财产权”相分离。就像最近将铁道部和铁路总公司分开设立的那样。

其次，要尽快抛弃斯大林体制遗留下的“国家所有权统一性和唯一性”理论，真正按照民法理论来建构国家所有权制度，完善自然资源的国家所有权的取得、转让和灭失等制度，承认地方的国有企业或者相关组织也可以代表国家行使国家所有权，承认自然资源国家所有权与其他所有权一样，也都是具有平等民事法律地位的权利，在市场交易过程中都要遵守同样法律规则，就像《物权法》所说的那样，要“平等保护，一体遵守”。

最后，国家所有权存在的意义在于服务全民，在于为“全体公民的自由发展提供物质保障”。因此，国家所有权在功能上并不等同于普通的民法所有权，具有特殊性。为此，我们还必须研究合理的国有自然资源资产收益分配制度如何建立和完善，从而确保国家所有权的收益真正用于全民福利。

可以想象，这些问题和制度的建构是极为复杂的，没有细致和系统的研究不能给出合理的答案。所以，请允许我暂且打住，随后专门撰文讨论相关问题。

财政权控制与纳税人权利保障
——以法国宪法委员会判例为依托

王蔚*

宪法意义上的财政是国家为履行其公共职能而形成的国家与公民之间的产权关系，即一种关于政府财政权和人民财产权的关系。对财政权力的规制和对财产权的保障是统一不可分割的，财政权力规制的出发点和目的是为了保障作为人权的财产权。但从本质上,宪法通过对公权和私权关系的调整，使公共财政利益和私人财产利益达成法律价值理念上的平衡。

传统上，法国中央集权型国家，其政权分为四级。与此相适应，法规实行四级财政管理体制，中央级、大区级、省级和市镇级四级财政，各级财政收支划分明确，预算相对独立，自行安排收支。此外，作为财政体制的一部分，法国税收管理体制实行分税制形式，践行税收法定原则。法国在宪法第 34 条明确规定，各种税收的范围、税率和征收方式一律由税收法律作出规定。然而，仅有宪法条款的确认，并不能保障这一原则的良好适用。特别是如何调和公共财政权运行与私人财产权保障之间的可能存在的冲突，成为一项难以回避的宪法实施问题。法国宪法委员会在此领域扮演重要的角色,宪法判例在预算以及行政机构财政管理方面贡献颇多。就公共财政而言,宪法委员会判例主要来源于事前的立法合宪性审查，宪法法官对国家预算法草案、社会保障预算法草案(lois de financement de la sécurité sociale)进行审查；在事后审查的模式下,也就是 2008 年后实施的 QPC 程序下,在税法领域主要的宪法判例涉及对纳税人财产权的保障。

近来，我国对《预算法》、《立法法》均进行了修改，对公共财政领域的诸多乱象问题有了新的法治依据。然而，税收法定、预算平衡等原则在从形式走向实质的过程中，必须在财政权与财产权之间找到平衡点。十八届四中全会决定强调依宪治国、加强全国人大及其常委会审查能力建设，那么如何在公共财政领域平衡公权力与私权利也成为宪法实施的应有之义。在此背景下，考察法国公共财政经验或许可以给我国当

* 中国政法大学法学院宪法所助理教授

下的问题提供一些启发性经验。

一、法国公共财政权运行之制度基础

（一）集权与分权相结合的财政管理模式

传统上，法国中央集权型国家，其政权分为四级。与此相适应，法规实行四级财政管理体制，中央级、大区级、省级和市镇级四级财政，各级财政收支划分明确，预算相对独立，自行安排收支。财政立法大权集中于中央，小权则分散给地方，当地方财政发生困难时，中央一般予以调剂补助。在整个国家预算中，中央预算所占比重为80%左右，地方预算则占 20%左右。

作为财政体制的一部分，法国税收管理体制实行分税制形式，税收立法权在中央，例如开征哪能些税种，向谁征收，税收收入怎样分配，都由国家在税法中予以明确规定。具体的税收条例、法令则由经济与财政部制订。地方必须执行国家的税收政策和法令，但也拥有一定的权力，这些权利包括制订某些地方税的税率，决定开征必要的捐税和对纳税人采取一定的减免税措施等。法国的中央政府、大区、省和市镇政府的税收收入严格按税种划分，各级财政都有自己的税收收入体系。法国的税收体系是以中央税为主，地方税为辅的。1981 年社会党颁布的《权力下放法》以前，中央政治局税占全部税收收入的比重为 81%，而地方税占全部税收收入的比重为 19%；扩大地方权后，地方税的比重大升到 25%-28%。实际上，自 20 世纪 70 年代以来，地方税在全部税收收入中所在地占的比重就一直呈上升的趋势。同时，法国政府还建立了包括税收立法、纳税申报、税收诉讼等在内的一整套税收征管体系。但是，征管体系中涉及的合宪性问题在 2008 年之前都只能进行事前审查，未能凸显纳税人权利的完整保障。

（二）税收立法程序

法国税收管理权限集中在中央一级。在税收立法方面，宪法规定，税收的立法权属于议会，各项税收法律必须得到议会的批准，才能颁布实施。税种的设置、纳税人、课税对象、征税范围的确定以及如何分布税收收入等，都由国家统一在税法中予以明确规定。具体的税收条例、法令则由经济与财政部制订。地方政府必须执行国家的税收政策和法令，但也有一定的机动权力，包括制订某些地方税的税率，决定开征必要的捐税和对纳税人采取一定的减免税措施等。在市场经济发展的过程中，法国制订了一系列税收法规，对税收的种类、税收基础、税率、行为的惩处以及税务纠纷处理的司法程序等，都作了具体、详细、明确的规定。此种规定符合了形式法治的要求，但是在不少制度细节处仍然存在大量的违宪之虞。2008 年之后宪法诉讼开启了事后审

查程序，利益相关之纳税人利用这一机制对既有税收法律规范进行“清毒（vider le venin）”，开启新一轮的公共财政宪法化。

二、财政权的合宪性控制

在事前审查的框架下，宪法委员会以宪法第 61 条为依托，主要有以下三大作用：第一，宪法委员会确立了宪法层面控制国家财政权的原则；第二，宪法委员会积极参与原则的适用，与公共管理的必要性相结合；第三，注意保持行政权与立法权的分立。总体而言，通过事前框架，法国宪法委员会主要着力控制财政权的运行，对公权力进行规制。

（一）宪法层面确立国家财政权运行原则

宪法判例的第一个影响在于确立国家财政预算原则。现行宪法于 1958 年通过，其中并未对预算权运行做出原则规定，直至 1959 年 1 月 2 日预算组织法方才确认了预算年度原则、预算一体性原则、预算普遍原则以及特别预算原则。宪法委员会通过不同案例中对受审查对象的细致分析，剔除了原则适用中最明显的偏差，保证原则适用的合宪性。1996 年以来，法国设立了社会保障预算法，宪法委员会确立的预算原则得到了更加广泛的应用。宪法委员会因此扮演了捍卫预算法基本特征的重要角色：一方面，宪法委员会允许政府发挥主动性，创制新的公共财政政策；另一方面，对于预算法在议会授权过程中的小偏差在合宪的框架内予以认可。

1．2001“财政宪法”对宪法判例的总结与吸纳

法国 2001 年预算组织法（LOLF）深层次改变了法国预算模式：从原有的以收入为导向，转变为以结果为导向的绩效模式。该组织法对 4 年之后制定通过的社会保障预算组织法产生了巨大影响。后者在体例和内容上都大量沿袭了 2001 预算组织法的规定。其具体内容实际上汇总了宪法委员会此前诸多判决要旨，因此经常被一些议员们称为“财政宪法（la Constitution financière）”。具体而言，直接吸纳进入组织法的主要是宪法委员会 1979 年做出的两个重要判决。

其一， 1980 年预算法草案通过的程序受到合宪性质疑，被提请至宪法委员会，系争问题在于如何理解草案“获得通过”。宪法委员会因此对 1959 年组织法第 40 条进行解释。该条规定：“年度预算法草案第二部分在第一部分投票（vote）之前，不能被提交至某一议院进行讨论”。宪法委员会在审查后作出判决1，争议点主要在如何理解投票这一术语。这里的投票是指已经通过了呢，还是仅仅启动了投票程序。宪法委员会认为对 40 条应该理解为：“在整个法案投票程序没有结束前，（预算法案）第一部分里可证成该法案、为达成目的不可或缺之条款已经获得通过”，这一解释产生了

[1] Décision n° 79-110 DC du 24 décembre 1979

很多争议，但 2001 年 LOLF 依然按照这一解释将此条中的“投票（vote）”改为了“通过（adoption）”，并将其放入第 42 条。

其二，宪法委员会被提请就一项授权政府继续征收的法律进行审查。提请人认为这一部授权法不能在法律上成为预算法，因其欠缺了自财政年度 1 月 1 日起生效的规定。宪法委员会认为[1]这是财政领域为了保障国家公共服务持续性的必要措施。虽然该项法律不在 1959 年组织法第 2 条确定的预算法类别内，但这部法律应该依据宪法第 47 条被认定为预算法的一种，因其包含的法条内容通常都由预算法予以规定。因此，2001LOLF 法将宪法委员会这一解决办法纳入第 1 条，确认了这类法律拥有“预算法特征（Le caractère de loi de finances）”。

2．预算真实性原则之确认

1993 年通过宪法委员会判决，确认了预算法中的“真实性原则（la sincérité）”这一原则 1959 年预算法中没有出现，2001 年预算组织法吸收了 1993 年宪法委员会判决才在第 32 条正式确认了预算真实性原则。这一原则的有效性主要在议员进行预算监督时体现。当议员审议预算法草案时，一旦发现有非正常的事项，可以直接指出并质疑。当议员发现算法案对税收收入有过高或过低编制时，可以使用这一原则进行质疑。此外，宪法委员会在审查 2001 年预算组织法第 3 2 条的合宪性时，对预算真实性原则作出了合宪性限定解释。按照该解释，预算法必须将国家所有的收入和支出列明。

3．宪法判断之谦抑

然而，宪法委员会截至 2010 年从未尝试否认预算法的真实性。 在涉及预算支出的合宪性判断中，宪法委员会认为其虽也是预算审查主体，但不拥有类似于议会的权力的审查和决定权，不对具体的数额进行评判。仅仅在假设其成立的基础上，对明显与预期需要不匹配的支出进行审查。

换言之，宪法委员会不愿意进入“专业讨论(débat d’expert)”的领域.从 2001 年开始，对于 2002 年预算法的合宪性审查中，宪法委员会拒绝对税收收入进行审查。宪法委员会认为，财政是类似于规划性质的收入，与国家参与的程度有关，在支出方面，并不是纯粹机械性的，而是公共政策的载体。新的预算组织法颁布之后，加强了预算法规划性质，因此议员对预算的执行更加严格，整体规划的结果须为既定目标服务。

此外，2001 年预算组织法作为组织法，依据宪法第 61 条和第 46 条的规定，LOLF 必须提交至宪法委员会进行事前审查，而后者也于 2001 年 7 月 25 日作出了判决。[2]

[1] décision n° 79-111 DC du 30 décembre 1979
[2] Décision n° 2001-448 DC

宪法委员会首先判定草案中 2 项规定违宪，然后再对总共 68 条的条款中 20 条做出了合宪性限定解释，并且明确指出如果不按照此解释适用相关法条，LOLF 将承担违宪风险。2008 年法国宪法改革加入了公共帐户真实性的规范，并将其确认为“宪法层面的义务”。为了维护这一宪法规范，宪法委员会 2009 年 6 月做出了有关 2008 年预算决算法的判决，扩大了自身的审查监督领域。

（二）宪法委员会对原则适用的审查

上文可知，宪法委员会通过判决确立了诸多预算原则。然而如何适用原则、如何在适用中遵循宪法规范，符合公共管理的需要则需要更为精确地宪法判断。宪法委员会因此在实践判例中做出贡献，调适原则与实践之间的偏差。

1.收入的扣除与预算普遍性原则

收入的扣除是指国家预算中不计入两项收入：第一， 法国从 1973 年起每年向欧盟缴纳的条约适用费用；第二、从 1963 年开始，特别是权力下放以来，国家每年度需要给地方自治单位提供的费用。实践中这样的做法可能与预算一体性原则相抵触，并与该原则所推导出的其他规则相悖：“不得限缩收入和支出”（la non contraction des recettes et des dépenses），“不得对收入规定用途”（la non affectation des recettes）。 针对这样的“抵触”，宪法委员为认为，这两种扣除收入获益的机构（欧盟与地方）都是“国家” 之外的机构，因此这部分收入可以不计入国家预算。

2.整体性原则与收入不得划拨之规定

宪法委员会对预算一体性原则与收入不得规定用途（le principe d’unité et la règle de non–affectation des recettes）之间的张力也进行调和。税收是法国法律中被称为“必须的扣除”，可以划拨给承担公共服务职能的机构使用。但这一做法在形式上与“收入不得规定用途”的规则相悖。宪法委员会在多次判决中重申了这一点：“共和国法律确认的基本原则并没有禁止将税收所得提供给公共机构或承担公共服务职能的私人使用”。 因此，实践中一部分税收收入转化为社会分摊费的做法获得了正当性：社会保障机构成为了所有性质税收划拨的受益者。然而，宪法委员会对三个要素进行审查：1）征税需要得到每年度预算法授权，2）当相关税收的受益者是国家时，预算法必须规定划拨，3）本年度预算法必须附加说明文件，对税收项目列明。此外，一旦划拨计入国家预算，宪法委员会对收入与支出之间的关系进行非常严格的审查。尤其针对特别划拨帐户。 2001 年组织法立法者因此比以往的立法者更加严格，宪法委员会也进行了更为全面的审查。例如，宪法委员会于 2005 年通过审查拒绝认可一项划拨：从罚金中划拨一部分用于驾照准备之预算。

在 2010 年的一项有关预算法的审查中，宪法委员会再次在具体问题中调整了。

2010 预算法中有一条款授权大区提高碳消费税（TIC），但由此获得的收入仅能用于铁路或水路交通基础设施建设，这一方案叫做« Grenelle 环境新政 »。在法国，消费税是一种国家税，在大区之间进行分摊，大区可以对税率进行调整。因此，2010 预算法这一提高消费税的条款间接地对某一项税收进行了划拨，地方自治单位因此在以国家为目的的税收中获得了独立的资金。议员们提请合宪性审查的理由是，预算法中相关的条款与预算普遍性原则相违背，特别是不得将收入划拨用于支出的规则。但宪法委员会并未支持这一理由，其认为在此案中，税率的提高是自治地方对划拨资金进行衡量的权力，而在这一领域，国家预算的整体性原则不适用。

（三）宪法委员会与预算权的配置

1.对议会预算修正权的限制

在法兰西第五共和国建国之初,行政权对立法权不信任,担心议员为了讨好民众而加重纳税人之税负。 1958 年宪法第 40 条因此严格对议会修正预算权进行限制：“议会议员提出的建议案和修正案，如果通过结果将减少国家收入或者将新设或加重国家支出时，即不予接受”。 然而随着国家外部经济形势、公共财政政策的变化，规范的严格程度也有所变化。

就规范预算收入方面，宪法委员会确认了可以在一定条件下减少一项收入,但是必须通过另一项数额相等的收入补足。从 1976 年开始，宪法委员会通过判例确认了此项操作必要性，但其“旨在弥补国家收入减少的收入必须是真实的，必须由受收入减少而影响的地方机构受益，且补偿必须是即刻的” [1]。 就规范国家预算支出方面，宪法委员会立场一直比较严格：不允许加重支出并补偿。然而，自从 2001 年 LOLF 法案实施后，议员可以重获一些财政领域的动议权，并可以在预算法框架下同一任务的项目之间进行弥补。此外，这一规则必须由政府和议会共同遵守。因此对于议会运用此项权力的审查，宪法委员特别严格，并多次进行具体审查。2009 年，宪法委员会通过运用合宪性限定解释的方法，规定宪法审查提请权主体对国民议会和参议院的相关预算存疑时，任何时候均可以提起审查请求：既可以在议会获得对政府草案讨论权的时候提出，也对有权限的相关委员会通过草案时提出。

2.对政府调整预算权的限制

经济形势变化促使政府有时不得不采取一些调整手段，间接扩大了政府权力。在预算权方面，通过 LOLF 确认的有：拨款、转移支付，预支法令等，以此来满足预算执行过程中出现的需要。预算法通过之后可能会在收入支出事项上受经济影响而发生变动，因此，从 1991 年开始，宪法委员会要求政府提交修正性的预算法（LOI de

[1] décision n° 76-64 DC du 2 juin 1976

finances rectificative)。例如在 2009 年时，当政府宣布通过借贷来支持新的支出时,宪法委员会确认此政策可以不立即加入正在审议中预算法草案中。但是在审查该草案的合宪性决定中，宪法委员会规定政府必须最快的时间内起草预算修正法，以法定授权相关政策实施。政府随即在一个月之后起草了相关预算修正法草案。

3.议会财政监督权的复兴

正如前述，1958 年建国之初，法国制宪者旨在限制议会权力，因此在第 40 条对议会的预算法监督权进行严厉地限制，1959 年组织法对议会权也采取不信任态度，体现在第 42 条上。然而，伴随政治制度的变迁，宪法委员会通过运用解释方法，尽力扩大议会修正权运行的可能性。此举目的在于更加契合民主精神，巩固"无代表不纳税"的原则。2001 年 LOLF 于是废弃了 1959 年组织法第 42 条这一严苛的限制条款，并通过第 47 条[1]缓和了宪法第 40 条的严厉性。因此，可以说，在 2005 年 LOLF 立法中，明确体现了宪法委员会对法律规范和财政效率之间的调和。宪法委员会在对 LOLF 草案进行审查时，通过合宪性限定解释进一步将财政制度宪法化。

宪法委员会的判例客观上既捍卫了议会监督权，也保证了有效率的政府措施施行。但是从价值层面而言，几乎所有既有的决定都反映了宪法委员会试图保护议会监督权。首先，宪法委员会确认议会监督不仅仅是程序上的监督，也是实质上的监督：预算相关文件必须文字清晰，具有可读性（lisibilité）；其次，对宪法委员会审查收入的提取之正当性时，规定其必须要满足公共账目清晰、议会能有效监督的目的。通过此目的确认，间接敦促政府在起草预算法时考虑到议会监督的实效。最后，LOLF 法还明确增强了议会监督权中质询的权力。

三、宪法委员会与纳税人权利之保障：以 2011 年 1 月 21 日第 2010-88 QPC 判决为例

2008 年 QPC 程序启动后，法国宪法委员会加强事后审查保障纳税人权利。由于此前一直只进行事前审查,税收法律规范中存在诸多违宪之虞。宪法委员会的调适能力再次受到考验。截至目前,有三个比较重要的宪法判例作出,体现了宪法委员会的审查能力.在 2010 年 6 月 18 日第 2010-5 QPC 判决判决中拒绝将 1789 年人权宣言第 14 条作为启动事后合宪性审查之依据;对虚假申报中自动提高 50%价格的行为进行违宪判断,以及, 2010 年 9 月 22 日第 2010-32QPC 判决将海关扣留纳入拘留(GARDE A VUE)法律制度,旨在保障犯罪嫌疑人的人身权。 其中，宪法委员会在 2011 年 1 月 21 日第 2010-88 QPC 判决尤其体现了对纳税人财产权之平等保障。

[1] "Au sens des articles 34 et 40 de la Constitution, la charge s'entend, s'agissant des amendements s'appliquant aux crédits, de la mission"

宪法委员会在此案中认为《税收总法典》第 168 条第 2 款之规定违反了税负平等原则，因此对其作了违宪判断、该款因此获废除。具体而言，原第 168 条第 3 款是为了打击偷税的假穷人而设立的惩罚性课征条款，规定如果税收机关查明纳税人的实际生活水平与申报的收入不符时，可以将依据生活水平折算表，将税基提高 50%。这一条款将"财富的外在标识"纳入征收机关的自由裁量权范围，将"高尔夫俱乐部成员"、"家里雇佣人"、"拥有的马匹、船舶"纳入实际收入考量。当这些外在的财富依据生活水平折算表折算出的数额高于申报收入的三分之一，例如当申报收入为 200，000 欧元，但生活水平实际高达 300，000 欧元时，或者拥有了生活水平折算表中六个及以上事项时（例如、养马、船、高尔夫俱乐部会员、国外旅行等）那么纳税人应纳税额的税基就要在申报收入的基础上提高 50%。

宪法委员会认为，宪法上的平等原则对税收立法的具体指引是量能课税的适用，以实现税收负担在不同纳税人之间的公平分配事项。《税收总法典》立法者有义务遵守宪法中的税负平等原则。虽然税收法典第 168 条第 2 款的立法实际上造成了申报制度下和例外制度下纳税人之不平等的税负。虽然这一差别待遇目的正当，但手段不符合最小侵害原则。

四、评价与启示：从形式法治走向实质法治

随着我国市场经济体制的建立和宪政民主制度的发展。财政价值功能也产生了深刻的变化，特别是我国宪法的修改对财政法律制度的原则精神和制度框架都会产生重要的影响。宪法中关于国家尊重和保障人权以及国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度的规定在财政法中必然反映为对私人利益的保护，对财政权力的约束、规范和监督。由于强大的公共权力与弱小的公民权利之间的不平衡，因此必须要树立以公民权利为本位的宪政理念，取代以公权力为主导的思维模式，尤其财政权作为国家权力的基础和核心，其实施对公民的权利会产生重大的和直接的影响，因此，对财政权力的规范尤其重要。

2015 年 3 月 15 日，十二届全国人大三次会议表决通过了关于修改《立法法》的决定，其中就税收法定原则，新立法法作出了不同于以往的制度突破——将税收基本制度独立出来、作为第六项单列。新修改的立法法对税收法定原则作出的这一明确规定满足了形式法治的要求,即要求以法定形式规定税收事项。然而，实质法治的达致还需要从禁止立法机关滥用权力、制约课税权的角度出发，构筑税收法律主义的法理，进而要求在税收立法中体现量能课税原则、公平负担原则、生存权保障原则等宪法性原则。此外，税收立法、执法和司法的全过程都要立足于维护纳税人基本权益，强调税收的征收和使用相统一。

那么，在我国现行宪法监督体制尚未实效化的境况下，如何在立法、执法、司法全过程中落实税收法定原则，协调公共财政权与私人财产权之间的冲突呢？笔者有如下几点粗浅的思考：

第一、根据财政立宪的原则，财政的基本规范是宪法规范，应在宪法中予以确认。包括财政权力的主体、财政权力的范围和财政权力运行的程序（如全国人大对财政议案的审议程序）等，都应在宪法中明确规定。只有这样，财政权力的行使才具有合宪性基础。

第二、加强税收立法的完整性，但税法制度不能过于原则、抽象，“宜粗不宜细”的立法风格将会导致“间接授权立法”的大量存在。同时，在强调运用法律武器来保护公民权利的同时，还必须重视立法不作为对公民权利侵害的问题。通过有限的制度渠道，对“立法不作为”设置否定性后果。

第三、强化预算监督、推进财政民主。在我国，为强化人大对政府的监督职能，有必要推进政府预算报告制度改革。预算案要反映大多数人的意愿，实现公共支出与合理税收负担均衡，最重要的在于必须为预算的民主决策和监督提供制度保障，同时，也要加强社会公众、新闻媒体对国家预算的监督。通过建立起人大、审计、公众、媒体等全面的监督体系，真正实现对国家财政预算的“防腐”功能。

论国有自然资源的范围
——以宪法第 9 条为中心的分析

欧阳君君*

摘　要：当前学界部分学者与社会公众认为宪法第 9 条的“等”字应理解为相对列举未尽，国有自然资源的范围须由法律具体界定。但是，“相对列举未尽观”提出的自然资源是否应属于国家所有的有关标准，都存在理论上的漏洞。更为重要的是，由于国家所有权的设定只能由法律作出，相对列举未尽的理解，将直接冲击我国现有的自然资源立法体系，使其处于不稳定的状态。将宪法第 9 条的“等”字理解为绝对列举未尽，有利于自然资源的管理使用、维护宪法权威与法制的稳定以及实现社会的公平正义。自然资源国家所有权是公法上的所有权，自然资源应作公产与私产的区分，国家应保障公众对国有自然资源的习惯使用权与自由使用权，公众对国有自然资源范围的绝对性不必过于担忧。

关键词：宪法第 9 条　国有自然资源　范围

一、研究的缘起：关于国有自然资源范围的争议

根据我国现有的法律体系，涉及自然资源所有权的法律主要有《宪法》、《物权法》、自然资源单行法、行政法规以及地方性法规或规章。我国宪法第 9 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。”对于该宪法条文，有学者认为，这意味着“对集体所有的自然资源均作了明确性规定，因此，除此以外的一切自然资源，包括宪法未列明的其他自然资源，均应归国家所有，包括人类已发现的和未发现的自然资源”。[1](P27)另有学者认为，无论是从字面意义上看，还是从规范结构上看，宪法第 9 条中的“等”字的未穷尽列举之意非常明显，而我国以生产资料公有制为主体的经济制度以及从资料利用的发展来看，都可以推测出宪法第 9 条中的

* 欧阳君君（1981— ），男，江西新余人，扬州大学讲师，苏州大学宪法学与行政法学专业博士研究生。电话：18012132012；E-mail:xmoyjj@126.com.

“等”字具有开放的内在含义，除少数法定特例之外，一切自然资源都为国家所有。[2]换言之，宪法第9条形成了我国自然资源以国家所有为主、集体所有为辅的所有权制度体系，自然资源私人所有权基本没有存在的空间，也就是所谓的自然资源所有权的“二元结构”。相比较而言，域外国家或地区自然资源所有权结构更加复杂，自然资源可能为国家或地方政府所有、私人所有，还可能是无所有权。可以说，从形式上看，我国自然资源所有权体制简单明了：私人不拥有自然资源所有权，集体拥有部分经法律明确规定的自然资源，其他的自然资源皆为国家所有。但是，理论界亦有不少学者对国有自然资源范围的绝对开放性提出异议。譬如，在物权法制定过程中，有学者提出，地表水与野生动物不宜被规定为属于国家所有；[1]对于陨石、乌木等自然资源，许多学者提出这些自然资源应该属于无主物，应适用先占规则；[2]至于气候资源，不少学者反对其成为国家所有权的客体。[3]这些观点，又颠覆了“自然资源或者属于国家所有，或者属于集体所有”[3](P112)的认识。

对宪法第9条“等”字的不同理解，直接决定了国有自然资源的范围。《中共中央关于深化改革若干重大问题的决定》提出健全国家自然资源资产管理体制的要求。习近平总书记作出的《改革决定的说明》进一步提出应落实全民所有自然资源资产所有权。毫无疑问，倘若国有自然资源的范围不确定，必然影响改革的开展与深化。因此，界定国有自然资源的范围具有十分重要的实践价值。

本文的研究思路是，首先对反对国有自然资源范围具有绝对开放性的观点予以分析，指出其不足，进而提出宪法第9条“等”字的应然理解，并对自然资源国家所有权的性质做简要评论，从而实现逻辑上的自洽。

二、“相对列举未尽观”的不合理性分析

有学者认为，宪法第9条中的“等”字，虽然体现了国有自然资源范围的开放性特征，但这并不表示除集体所有的自然资源皆为国家所有，某自然资源是否属于国家所有，应有法律的明确规定。本文将这一观点表述为“相对列举未尽”观。但是，在笔者看来，这种观点至少存在两个方面的不足，兹分述之。

（一）自然资源是否属于国家所有的标准难以确定

[1] 参见梁慧星. 对物权法草案(征求意见稿)的不同意见及建议[J]. 河南省政法管理干部学院学报，2006，（1）；不宜规定“野生动物资源属于国家所有”[J].山东大学法律评论，

[2] 相关文献可参见雍兴中. 一块陨石官争民抢——天上掉下的所有权争议[N].南方周末，2013-02-01；李丽. 民法专家激辩天价乌木归国家还是归发现者[N]. 中国青年报，2012-07-07日；谢晓松.乌木的法律性质与所有权归属刍议[J].研究生法，2013，（3）；周辉斌.“天价乌木案”凸显《物权法》适用之惑[J].时代法学，2013，（2）；等等。

[3]相关文献参见马玉忠.谁有权解释《宪法》？[J].中国经济周刊，2012，（26）；何书中.气候资源国家所有的合法性质疑[J].法治论丛，2012，（6）；李艳芳，穆治霖.关于设立气候资源国家所有权的探讨[J].政治与法律,2013，（1）；张璐.气候资源国家所有之辨[J].法学，2012，（7）；曹明德.论气候资源的属性及其法律保护[J].中国政法大学学报，2012，（6）；等等。

如果承认宪法第9条“等”字是相对列举未尽，那么应根据何种标准来确定哪些自然资源从属性上可以或者应当被界定为国家所有，哪些自然资源不应该被确认为国家所有？归纳起来，主要有如下几种观点：

第一，战略意义标准。有学者认为自然资源国家所有的规范领域是具有战略意义的生产资料，在此基础上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。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。其理由是，确立自然资源国家所有是“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”。因该理由来自1982年宪法修改委员会副主任委员彭真所作的《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告》，故而是制宪者的原初意图。[4]

第二，共有物标准。罗马法对把“非交易物”区分为“人法物”和“神法物”，“人法物”又被区分为“共有物”、“公有物”和“团体物”。其中，共有物是指那些被认为不易由个人获取或实行经济管理的物品；因而它们不是由法来调整，而是放任由大家使用。公有物就其自身而言是易获取的和易对其实行经济管理的，但是出于公共福利的目的，它们被实证法保留给公民普遍使用。[5](P186)因此，有学者认为某些自然资源如气候资源属于公众共有物，从性质上讲，公众共有物不应该为私人所有，也不应该为国家所有，而应该由公众自由使用。为防止“公地悲剧”与“反公地悲剧”的发生，可以采用政府规制与市场竞争的方式进行管理，并非一定要确立为国家所有。[6]质言之，该观点认为，某一自然资源是否应为国家所有，应根据该物的性质来定，若该物符合共有物的特征，则不应该纳入国家所有的范畴。

第三，是否符合民法所有权理论之标准。该观点是以民法所有权理论来审视自然资源国家所有权。例如，有的学者认为，江河湖泊的水与野生动物资源等，无法特定，不能直接支配，不具有排他性，不符合民法物权理论有关“物”的定义，规定为国家所有，与法理相悖。[7]有的学者认为，从所有权的由来、特征和功能来看，某个类型的自然资源所有权的形成，需要具备三个最基本的前提条件：一是稀缺，二是能够被比较准确地特定化，三是在开发利用过程中没有外部性影响或者影响很小。就气候资源而言，该资源是恒定资源，整体上“取之不尽用、之不竭”，故不符合稀缺要件；就现今技术条件来看，人类尚不具备对气候资源予以特定化的能力，不符合物的特定性之标准；气候资源虽为清洁能源，但其存在的外部性影响不是在所有权框架内能得到有效解决的。[8]所以，并不具备将气候资源设定所有权的前提条件。

但是，笔者认为，作为界定是否应纳入国有自然资源范围的标准，上述观点皆存

在商榷空间。

首先，关于战略意义标准。该学者所引述的报告内容，是解释 1982 宪法修正草案第 7 条“国营经济是社会主义全民所有制经济，是国民经济中的主导力量”之立法理由，而非指向自然资源国家所有权制度，将战略意义标准解释为制宪者关于自然资源国家所有权的原初意图，似乎并不恰当。其二，该学者认为，国家所有的自然资源必须是具有战略意义的生产资料属性。然而，事实上自然资源绝不仅仅是生产资料，它在环境保护与生态平衡、科学研究等方面的所发挥的作用是不可替代的，任何不恰当的自然资源利用行为或破坏行为，对环境与生态的影响都是深远的，从这意义上讲，所有自然资源都是具有“战略意义”的。其三，在我国，自然资源属于私人所有的情形，除《森林法》明确私人可以拥有林木所有权之外，几乎没有其他类似规定，这是不是可以说明仅“林木”不具有战略意义，而其他自然资源皆具有战略意义呢？既如此，则应当承认任何自然资源都属于国家所有。其四，“战略意义”是一个抽象且内涵不确定的概念。即便作为生产资料，不同自然资源在国民经济中的地位也是不同的，如石油、河道砂石、玛瑙等皆为国家所有，石油是工业之“血液”，被视为具有战略意义固然能被人们所接收，但河道砂石、玛瑙之类的自然资源亦被认为具有战略意义，似乎难有说服力。

其次，关于共有物标准。公众共有物是公众可以自由获取（open access）、未被设定所有权的物。[9](P218)但是从历史的角度看，公众共有物从来都不是一成不变的，随着科技的发展以及缓和因自然资源利用而产生的紧张社会关系，某些原先被定义为公众共有物的自然资源逐渐被纳入国家所有或公共所有的范围。譬如，在古罗马时期，空气、流水、海洋、海滨皆为共有物，但如今流水、海洋与海滨成为许多国家国家所有权的客体。[5](P186)众所周知，某些共有物之所以会演变为公有物，主要原因在于无权利主体可以排除人们对共有物的使用，直接后果就是“公地悲剧”的产生。时至今日，国人饱受气候污染之苦，气候资源的“公地悲剧”已经到了极为严重的程度，既如此，为何其他资源可以被放弃公众共有物身份而气候资源一定要保持公众共有物的身份呢？至于该学者认为克服“公地悲剧”可以采用政府规制与市场竞争的方式进行管理，那么需要回答的问题是，政府规制的理由与依据何在？该学者并没有作出明确回答。而美国学者科尔教授的观点值得深思，他认为，如果大气不存在公共财产权、私人财产权，也不存在共有财产权，那么它必然是自由获取的——任何人都可以自由地使用。在这种情况下，政府就没有任何权利排除污染者对这种不存在的财产权的大气的使用。[10](P38)换言之，只有确立国家（或政府）对大气所有权的隐含主张，才可以为政府遏制污染者不当使用大气提供合法性基础。

再次，关于民法所有权理论之标准。对于这一标准，必须要在理论上予以澄清的

是，自然资源国家所有权是否属于民法上的所有权，换言之，能否与民法所有权理论来解释自然资源国家所有权。对于这个问题，理论界形成了两派观点，一方认为自然资源国家所有权亦为民法上的所有权，另一方则认为自然资源国家所有权为公法上的所有权。[1]我们更加赞同后一观点，因为民法所有权与国家所有权在主体、客体、内容、权利行使与救济等方面皆存在明显差异，[11]从民法物权的角度认识和界定自然资源国家所有权并不恰当。

退一步说，即使以民法理论来审视自然资源国家所有权，相关观点也难完全成立，譬如，梁慧星教授认为地表水与野生动物资源不符合“物”的特定性与可支配性特征，故而不宜为国家所有。但事实上，地表水与地下水本就是一个不可分割的系统，地下水亦有不特定性与不可支配性，既如此，梁慧星教授就不应该承认地下水可以成为国家所有权的客体。至于气候资源，也不能说不具备形成所有权的基本前提条件。在空气质量没有恶化之前，“空气不具稀缺性，尽管有用却未设置权利归属规则，而随着空气污染的加剧，清新的空气逐渐稀缺，对清洁空气的享有也逐渐成为一种法律保护的财产权利”。[12](P108)也就是说，清洁空气的稀缺性正日益突出。此外，随着人类对科学技术的掌握，降水、风能、太阳能等气候资源已能为人类所实际控制和支配，并被广泛用于人们的生产和生活领域。[13]因此，认为气候资源缺乏形成所有权的基本前提条件的观点是武断的。

（二）“相对列举未尽观”将极大冲击已有的自然资源立法

谁有权设定国家所有权？这个问题在《物权法》的制定过程中曾经有过争论。物权法第五次审议稿中，第 47 条规定：“法律规定属于国家所有的财产，属于国家即全民所有。”明确只有法律可以规定国家所有的财产。第六次审议稿中，第 45 条第 1 款对国有财产的定义变为：“法律、行政法规规定属于国家所有的财产，属于国家所有即全民所有。”将可以规定国家所有财产的范围扩大到包括“行政法规”。物权法第七次审议稿中，又将“行政法规”可以确定国有财产的规定删去，明确只有法律规定为国家所有的财产，才属于国家所有即全民所有，并最终以此定稿通过。[14](P227-228)物权法制定过程中对国有财产设定权规定的变化，隐含着立法机关对设定国家所有权的态度：国家所有权不能任意创设，而只能由法律确认。

就自然资源而言，宪法第 9 条已明确规定了矿藏、水流等七种自然属于国家所有，宪法是具有最高效力的法律，作为设定国家所有权的法律依据自然不应存在任何疑问。《矿产资源法》、《水法》、《草原法》、《森林法》等再次分别确定这些自然资源的

[1] 相关讨论文献可参见：张建文.转型时期的国家所有权问题研究[M].北京：法律出版社，2008：258-259；程淑娟.国家所有权民法保护论[M].北京：法律出版社，2013：73-77；税兵.自然资源国家所有权双阶构造说[J].法学研究，2013，（4）；巩固.自然资源国家所有权公权说[J].法学研究，2013，（4）；徐祥民.自然资源国家所有权之国家所有制说[J]. 法学研究，2013，（4）.

国家所有权，不能视为所有权的设定，而是国家所有权的再次重复。

如果将宪法第9条中的“等”字理解为相对列举未尽，则意味着未明确列举的自然资源，其国家所有权应通过法律予以设定，如《野生动物保护法》对野生动物资源国家所有权、《海岛保护法》对无居民海岛国家所有权、《海域使用管理法》对海域国家所有权的设定。进而可以推出，地方政府宣布陨石、乌木、气候等自然资源属于国家所有的行为，其正当性是应当受到质疑的。

然而，反对者的观点与逻辑将会对我国某些自然资源国家所有权制度体系产生极大的冲击。

首先，由于自然资源国家所有权只能法律设定，那么我们不得不面临这样一个拷问：在《野生动物保护法》、《海岛保护法》、《海域使用管理法》出台之前，野生动物资源、无居民海岛以及海域的所有权归属应如何认定？因我国民法体系并未确定先占制度，某人以先占的方式成为某个无居民海岛“岛主”的情形虽不会出现，但至少这些自然资源应被认定为共有物，任何人使用都不应该受到任何的限制。然而事实并非如此，以海域为例，在国家所有权确定之前，虽然海域使用状况混乱，但“海域资源产权形态为国有、集体所有”。[15](P97)

其次，也是更为重要的是，我国某些自然资源属于国家所有，最初并不是由法律，而是由行政法规甚至是地方性法规予以设定的。例如1993年国务院、中央军事委员会发布的《无线电管理条例》设定了无线电频谱资源属国家所有权。1984年制定的《森林法》第4条规定：“森林资源属于国家所有，由法律规定属于集体所有的除外。”但是何谓森林资源，该法并没有做明确的界定。2000年国务院公布的《森林法实施条例》第2条规定，“森林资源包括森林、林木、林地以及依托森林、林木、林地生存的野生动物、植物和微生物。”可以很明显地看出，国务院通过行政法规的形式解释了森林资源的范围，并明确依托森林、林木、林地生存的植物、微生物属于国家所有。而直到2007年，《物权法》方以法律的形式确定了无线电频谱资源与植物资源（尚不包括微生物资源）属于国家所有。2004年宁波市人大常委会通过、浙江省人大常委会批准的《宁波市无居民海岛管理条例》则在《海岛保护法》出台之前设定了无居民海岛国家所有权。如果说宪法第9条中的“等自然资源”需要以宪法解释或制定法律的方式来明确其具体内容，并由此认为黑龙江省人大常委会宣布气候资源属于国家所有是违宪行为、地方政府宣布陨石、乌木等行为于法无据，那无可回避的是，国务院所设定的无线电频谱资源、植物、微生物国家所有权以及宁波市人大常委会设定的无居民海岛国家所有权，都是违宪行为，同样需要接受必要的违宪审查。

三、宪法第9条“等”字的应然理解及其意义

可见，将宪法第9条的“等”字解释为相对列举未尽，既没有坚实的理论基础，也不利于现行自然资源单行立法体系的维护。鉴于此，我们认为，将宪法第9条的“等”字理解为绝对列举未尽更加合理，理由如下：

（一）有利于国家对自然资源的使用管理

应认识到，随着社会治理的深入与科技的发展，有越来越多的自然资源有必要明确成为国家所有的客体。2013年11月12日发布的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》再次强调实行资源有偿使用制度和生态补偿制度。对此，需要回答的基本问题是，实行资源有偿使用制度的前提是什么？当然是国家所有权——使用权派生于所有权，或者说自然资源所有权是自然资源使用权的“母权”，此乃基本的法学常识。如果国家对某自然资源不具备所有权，有偿使用制度则缺乏根本的依据。然而，因某些自然资源国家所有权并未被宪法或法律明确规定，若承认“相对列举未尽”观，那么对这些资源实行有偿使用则需接受合法性拷问。例如，当今法学界讨论的比较多的排污权，是对环境资源的一种使用权，也就是所谓的环境容量的使用权，环境容量是一种自然资源已被学界广泛认同。在生态环境日益严峻的背景下，排污权不应该视为行为人的一项自然权利，而是“国家规定或分配给各排污者利用环境容量的权利……是国家提供给排污单位的一种使用环境容量的制度安排”，[16]如果规定或分配的结果只是行为人获得了排污的资格，而不是获得一定额度的排污量，排污权就无法被作为一种财产权在二级市场上予以交换，无法达到排污总量控制与提升排污配置效率的目的。所以，只有确定环境容量的所有权主体是国家，经过行政许可之后使受许人得到了具有财产权性质的排污权，排污权交易才可能得以进行。因此，尽管我国宪法与其他法律没有明确设定环境容量的国家所有权，但这并没有妨碍国家所有权在环境容量实践运作中的地位与作用。

（二）有利于维护宪法权威与法制的稳定

首先，宪法是国家的根本大法，“是国内法中的最高一级……不仅可以决定立法的机关和程序，而且在某种程度上，还可决定未来法律的内容”。[17](P142-143)当然，“任何国家的宪法，对于其所规定之事项，都不可能在这部宪法内，毫无保留地、巨细靡遗地规定。而是，赋予立法者订立法律，来达成之。”[18](P187)例如我国宪法条文中有大量“由法律规定”、“依照法律规定”、“在法律规定范围内”等表述，这些都是立宪者在宪法内，规定由立法者有所作为的指示。德国学界将其称为“宪法委托”。但是宪法第9条关于国有自然资源范围的规定，难以推导出宪法有委托立法机关对国有自然资源范围予以限定或再界定的意图。相反，倒是集体所有的自然资源的范围，该条确定了需要“由法律规定”之前提。此外，从新中国宪法史的角度看，54宪法、75宪法、78宪法皆规定了自然资源国家所有权。其中，54宪法第6条第2款规定：“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。”该条非常明确地指出，矿藏、水流都属于全民所有，没有任何例外，至于森林、荒地和其他资源是否属于全民所有，必须以“法律规定”为前提。此后的75宪法、78宪法与82宪法，皆没有强调自然资源是否属于国家所有应该以法律规定为前提。宪法规范上的演变，也充分证明当今我国自然资源的范围不应该由法律来界定，而应该直接依据以宪法第9条予以理解。宪法规范作为一种根本性的法律规范，在法律规范体系中居于最高地位，它制约和控制其他规范的存在。如果由处于下位法的法律对国有自然资源的范围予以限制或界定，无疑是对宪法规范的直接挑战，有损宪法的权威。

其次，将宪法第9条的“等”字理解为绝对的列举未尽，行政法规以及地方性法规、规章等，都可以宪法第9条为依据，宣布某自然资源为国家所有，并不会出现违宪情形，从而有利于现行自然资源法制的稳定。理由是，既然宪法将除集体所有以外的自然资源都纳入国家所有的范围，则说明宪法以概括的形式设定了自然资源的国家所有权，《物权法》、自然资源单行法以及其他法规规章宣称某自然资源属于国家所有，本质上不是在创设国家所有权，而是依据宪法第9条的具体“规定”行为，实际上是对该自然资源国家所有权的进一步明确和重申。[1] 更何况，根据部分民法学者的观点，“宪法可以宣告某种特定的物，如自然资源归国家所有，包括现有的自然资源和尚未被人们所认识的物；但民法却不能做这样的宣告”，因此“《物权法》重审了宪法以及其他公法中有关国家、集体所有权的规定，这就扩大了民法作为私法的职能”，[19](P207-208)模糊了公法与私法的界限。另外，不采取这种观点，法律确定的某些自然资源国家所有权也几无意义。例如，《物权法》第49条规定：“法律规定属于国家所有的野生植物资源，属于国家所有。”王利明教授对此条文的解释是，法律规定属于国家所有，通常是指列入国家保护范围的野生动植物资源，将来要由野生动植物资源的目录确定国家所有的范围。[20](P519)然而，迄今为止，我国尚未有任何法律确定属于国家所有的野生植物的种类与范围，根据以往惯例，野生植物资源的目录是中央及地方有关部门发布，这些文件当然不属于法律之范畴。鉴于野生动植物种类的复杂性，可以预测属于国家所有的野生动植物资源范围将来也不可能由法律作出明确的规定。再如矿产资源，1994年国务院发布的《中华人民共和国矿产资源法实施细则》以附件形式对矿产资源予以分类（即《矿产资源分类细目》），这是否说明只有符合分类细目规定种类的矿产资源才属于国家所有，不在其中的矿产资源则不属于国家所有呢？[2]同时《实施细则》第2条规定，“新发现的矿种由国务院地质矿产主管部门报国务院批准后公

[1] 尹田教授亦认为，宪法第9条，可以成为国家取得所有权的直接的法律依据，宪法只要做出了自然资源国家所有权的确认，国家所有权就产生了。他甚至进一步指出，物权法即使有必要规定对国家所有权的保护，但是实际上也没有必要去规定国家所有权的取得。因为这些所有权不是物权法能够创设的，事实就是，物权法并非前述国家财产所有权的创设依据。参见尹田.民法思维之展开[M].北京：北京大学出版社，2008：295.

[2] 在陨石、乌木等资源所有权归属之争中，反对国家所有的观点的一个重要理由就是这些资源并没有纳入到《矿产资源分类细目》之中去。

布”。如果以此将矿产资源国家所有权的设定权理解成为国务院所拥有，无疑与物权法的规定产生抵牾。我们认为，《实施细则》的相关规定应被理解为国务院对某资源是否属于矿产资源以及属于矿产资源的哪一类的解释权与规定权而非所有权的设定权。否则，作为未来最为重要的能源来源的可燃冰，因尚未出现在分类细目中，我们是否就可认定其并不属于国家所有呢？因此，理顺了自然资源国家所有权的设定权与规定权关系，就可以十分轻易化解学者认为地方政府宣布某自然资源国家所有违宪或违法的观点。因为作为基本经济制度的自然资源权利归属，早已被宪法所确认，行政法规及其他规范性文件宣布某自然资源为国家所有，并没有实质性地涉及资源的权利归属。

（三）有利于实现社会的公平正义

自然资源之所以归属国家所有，除了管理上的需要，还为了实现自然资源所具价值的社会共享，从而在一定程度上实现社会公平正义。在乌木、陨石所有权归属的争论中，许多人认为这些资源属于国家所有实质上是国家在与民争利。对此我们并不认同。暂且不说陨石具有极高的科研价值，乌木在当代市场上贵比黄金，有极大的经济与收藏价值。对于经过成千上万年演化而来的自然资源，乌木归个别发现者所有并不正当。否则，我们就难以解释为何玉石、玛瑙之类的自然资源需归属国家。因为尽管乌木与玉石之类的自然资源在储存量上可能存在差别，但这不应该成为是否国有的标准。更何况，乌木在我国的分布有明显的地域性，目前最为集中的是四川地区。如果乌木被视为无主物，以先占方式取得其所有权，难免引起为实现一夜暴富而导致滥采滥挖。虽然我们并不赞成地方政府所有就是国家所有的观点，但是对于这一极高经济价值的资源，应该采用与其他自然资源相同的行政特许制度进行有偿使用，最终实现财富的社会共享，或者对被发现的乌木，应给予发现人合理的奖励。质言之，无论是学者还是新闻媒体，不应该站在道德的高地，一味地指责政府与民争利而获得人心，而应该以提出符合逻辑的制度建议来消解公众与政府之间的对立情绪。

综上分析，本文认为，国有自然资源的范围，应该泛指除集体所有及个别私人所有的自然资源以外的各种自然资源，既包括现已存在的自然资源，也包括将来可能发现的新的自然资源。顺便提及的是，部分民众与学者表示，有经济或社会价值的自然资源属于国家所有，为何无价值的自然资源不属于国家所有？[1]其实此种观点乃伪命题，根据一般理解，所谓自然资源就是指“来源于自然界的，具有潜在经济价值或为生命提供营养的任何物质”。[21](P3265)如果某物没有一定的经济或社会价值，也就不会被人们视为是“资源”。

[1] 参见梁慧星. 对物权法草案(征求意见稿)的不同意见及建议[J]. 河南省政法管理干部学院学报，2006，（1）；陈仪.保护野生动物抑或保护国家所有权——从私割鲸肉应否处罚谈开去[J].法学，2012，（6）.

代结语：自然资源国家所有权的公权属性与民众之忧的消解

不可忽视的是，在当今世界，自然资源属于国家所有已成为一个普遍的现象，差别在于国家所有范围的大小不同而已。诚如学者所言，规定自然资源国家所有权，“成为一种正在形成中的、世界性的新趋势”，“意识形态没有成为自然资源国家所有权入宪的天然障碍”[22](P96)其原因是自然资源国家所有具有政治、经济、社会公平、国家安全等方面的正当性。在众多的自然资源所有权争论中，反对某些自然资源属于国家所有的重要原因，无非指向国家是与民争利以及担心国家以自然资源所有权人的名义向使用者收费。显然，造成这种担忧的根本原因在于把自然资源的国家所有权等同于民法上的所有权。只要确定自然资源国家所有权的公权属性，并对国有自然资源予以科学的分类，就可以既做到合理使用自然资源，又能够有效消除公众对自然资源国家所有的忧虑。

民商法学者大多将国家所有权视为民法上的所有权。然而，国家所有权与传统民法物权理论在许多方面皆格格不入：自然资源国家所有权不适应物权法某些规则的调整，如登记制度；大多数自然资源非物权法所指的“特定物”；自然资源国家所有权不符合物权的绝对权特征，尤其是作为所有权内容的核心，自然资源国家所有权的处分权能受到了极大限制；自然资源国家所有权采用公法上的惩罚性措施予以保护，不同于民法所有权的救济途径；等等。需承认，民法所有权已成为一种成熟的理论范式，国家所有权在制度上亦源于传统的私人所有权制度，但同时也要看到，所有权不是民法的专有概念，当国家所有权概念逐步发展且不断突破民法所有权理论框架时，新的范式则有可能得以建立，形成与民法所有权相对应的公法所有权。不同于民法所有权，公法所有权存在的目的是为了公共利益，无论是从国家经济安全、自然保护还是从自然资源的社会共享与社会财富的公平分配等角度，都可以证成自然资源的公共利益属性。从某种意义上讲，自然资源国家所有权是一种权利，但更是一种义务。只要严格建立起国有自然资源财富的收益与分配机制，防止政府部门利益，国家给民众留下的与民争利的印象自可逐渐消退。

也正是自然资源国家所有权迥异于民法上的所有权，决定了国有自然资源在使用方式上的特殊性。从理论层面上讲，国有自然资源使用方式可以被划分为习惯使用、自由使用与许可使用。习惯使用是指人们依生活习惯所取得的对自然资源的使用权。如日本《河川法》第 23 条规定的“惯行水利权”以及我国《水法》第 48 条规定的“家庭生活和零星散养、圈养畜禽饮用等少量取水”等皆为习惯使用权。[23]自然资源习惯使用权主要是基于历史传统而形成，“为了避免国家在不经意间摧毁一直为人们自愿遵守和维护之既定规则，颠覆人们长期建立起来的预期”，[24]该权利被世界各国立法所普遍承认。此外，由于不同自然资源的属性存在较大差别，域外不少国家据此将自然资源分为国家公产与国家私产。对于作为国家公产的自然资源，国家应承认与保护

公众的自由使用权，以公共利益为根本取向，仅能在某些特殊的情形下采用特许的方式实现一定程度的经济目的。作为私产的自然资源，国家则可以突出其追求经济效益的目的。目前我国正在建立的自然资源有偿使用制度，指向的是部分公产自然资源的特许使用收费与私产自然资源的特许使用收费，基本不针对自然资源的习惯与自由使用。需强调的是，在习惯使用、自由使用与许可使用的关系上，习惯使用与自由使用优于许可使用。只有当习惯使用、自由使用会给公共利益造成重大损害，许可使用才开始发挥其所具有的调节功能。

简言之，自然资源国家所有的目的不同于私人所有，自然资源国家所有权是公法上的所有权而非民法上的所有权。未来法制建设的重要任务之一，是通过制度建设使这种目的能够得到真正的实现，并保障公众对国有自然资源的习惯使用与自由使用权，公众对自然资源国家所有的担心并无必要。

参考文献：

[1] 崔建远.自然资源物权法律制度研究[M].北京：法律出版社，2012.

[2] 巩固.自然资源国家所有权公权说[J].法学研究，2013，(4)．

[3] 黄锡生.自然资源物权法律制度研究[M].重庆：重庆大学出版社，2012.

[4] 王旭.论自然资源国家所有权的宪法规制功能[J].中国法学，2013，(6)．

[5] [意]彼得罗·彭德凡.罗马法教科书[M].北京：中国政法大学出版社，1992.

[6] 曹明德.论气候资源的属性及其法律保护[J].中国政法大学学报，2012，(6)．

[7] 梁慧星. 对物权法草案(征求意见稿)的不同意见及建议[J]. 河南省政法管理干部学院学报，2006，(1)．

[8] 张璐.气候资源国家所有之辨[J].法学，2012，(7)．

[9] [美]丹尼尔·W.布罗姆利.经济利益与经济制度[M].陈郁译，上海：上海人民出版社，1996.

[10] [美]丹尼尔·H.科尔.污染与财产权[M].严厚福，王社坤译，北京：北京大学出版社，2009.

[11] 巩固.自然资源国家所有权公权说[J].法学研究，2013，(4)．

[12] 周林彬.物权法新论[M].北京：北京大学出版社，2002.

[13] 庄敬华.气候资源国家所有权非我国独创[J].中国政法大学学报，2012，(6)．

[14] 朱岩，等.中国物权法评注[M].北京：北京大学出版社，2007.

[15] 陈艳.海域使用管理的理论与实践[D].中国海洋大学博士毕业论文，2006.

[16] 赵惊涛.排污权及存在的正当性[J].法制与社会发展，2009，(1)．

[17] [奥]凯尔森.法与国家的一般理论[M].北京：中国大百科全书出版社，1996.

[18]陈新民.德国公法学理论基础（增订新版·上卷）[M].北京：法律出版社，2010.

[19] 孙宪忠.中国物权法：原理释义和立法解读[M].北京：经济管理出版社，2008.

[20] 王利明.物权法研究（上卷）[M].北京：中国人民大学出版社，2007.

[21]Bryan A.Garner. *Black's Law Dictionary (8th ed.)[M].* Minnesota: West Group, 2004.

[22].邱秋.中国自然资源国家所有权制度研究[M].北京：科学出版社，2010.

[23]王克稳.自然资源特许使用权之论[J].公法研究，2012，(1)．

[24]肖泽晟.论公物附近居民增强利用权的确立与保障[J].法商研究，2010，(2)．

论自然资源国家所有权

林彦*

一、宪法规范的基本架构

（一）基本要点

1、列于总纲之中，属于基本制度、基本国策范畴；

2、作为基本经济制度的一个重要环节；

3、所有制形态：与集体、个人所有权相对应；

4、所有者：原则上国家所有即“全民所有”，可能为集体所有，排除个人所有的可能性；

5、所有权所涉对象：一切自然资源

（1）包括列明的“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂”和“城市的土地”，以及“等”其他资源；

（2）但“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”；

6、与集体所有权、个人所有权的重要区别：

（1）集体所有权、个人所有权不能完全对抗公权力，特别是征收权；

（2）所有权形态变更的可能性：

A. 集体、个人所有财产可通过征收等程序变为国有

B. 国有财产无法无法通过同样的程序变为私有，尽管个人可以使用

《物权法》第四十一条：“法律规定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。”

（二）待决问题

* 上海交通大学凯原法学院副教授，副院长。

1、谁代表全民行使所有权？——所引申出的不仅是国家与公民关系问题，而且还包括纵横两向的分权问题，即作为立法机关的全国人大常委会与作为行政机关的国务院，以及中央人民政府与地方人民政府之间的关系问题

2、自然资源的外延有多大？由谁来界定？

3、能否已经在何种条件下允许转变为集体所有？

与私人所有权的重大区别：

所有权取得的方式：以国家强制力为后盾，很大程度上无需通过交易、契约等取得

立法确定：法律规定即可；宪法、《立法法》并未对通过立法实现国有化设立限定条件；国有资产、税收

行政征收：如房屋征收

司法没收：没收财产、没收违法所得/没收违法所得与民事赔偿的优先次序问题

生效要件、客体不特定：不以登记为生效要件——止界、面积等必要信息无法获悉

《物权法》第九条第二款：“依法属于国家所有的自然资源，所有权可以不登记。”

第十八条：“权利人、利害关系人可以申请查询、复制登记资料，登记机构应当提供。”

反例：《森林法》第三条第二款：“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。”

所有权主体：不特定

终极所有者（虚拟所有者）：全民，但无权直接使用、收益、处分；使用需要付费（公共事业收费制度）；《物权法》在明确集体所有财产所有者收益权的同时，并未明确国有财产所有者的收益权以及如何实现收益权

悖论：“法律规定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。”（《物权法》第四十一条）

《预算法》第十九条　预算由预算收入和预算支出组成。预算收入包括：

（一）税收收入；

（二）依照规定应当上缴的国有资产收益；

国务院：名义所有者，但不实际支配占有，无法实现对

所有权行使者：国务院而非全国人大常委会，但默许地方政府（代表中央政府）行使所有权（《物权法》第四十五条第二款：“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。”）

《土地管理法》第二条第一款：“中华人民共和国实行土地的社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制。”

第二款：“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。”

《水法》第三条：“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。农村集体经济组织的水塘和由农村集体经济组织修建管理的水库中的水，归各该农村集体经济组织使用。”

对“国家”的理解：

国家=中央人民政府（《物权法》）

国家≠中央人民政府，包括地方人民政府

反例：《森林法》并未明确由国务院代表国家行使所有权

第三条第二款：“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。”

《物权法》第五十六条　国家所有的财产受法律保护，禁止任何单位和个人侵占、哄抢、私分、截留、破坏。

有偿使用原则

《水法》第七条：“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。”

例外：土地划拨

《土地管理法》第二条第五款：“国家依法实行国有土地有偿使用制度。但是，国家在法律规定的范围内划拨国有土地使用权的除外。”

土地用途管制

侵权责任法

饲养动物致人损害有责任，但野生动物没有

第九十条 因林木折断造成他人损害，林木的所有人或者管理人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。

国家所有权的本质：

作为财政收入重要来源

作为财产在私人间流通的程序媒介，通过强力降低私人交易的成本，避免陷入谈判僵局，迫使原财产所有权人低价让渡所有权

集体所有权

立法对集体所有财产规定了明确的收益规则和交易程序规则，更好地保障了集体成员的分配利益，因此，其更接近于私人所有权

假定一国财产总量是确定的，在一元的所有制下，国家、集体、个人所有财产之间具有较为清晰的量的边界。由于存在多元所有制且国家所有权具有集体、个人所有权所无法比拟的优势，因此，国家所有权的扩张趋势使得三种所有权边界始终处于变动之中。

二、立法的发展

（一）谁代表全民行使所有权？

1、全国人大还是国务院？

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。土地管理法、矿产资源法、草原法、海域使用管理法等法律已经明确规定由国务院代表国家行使所有权，这也是现行的管理体制。物权法草案规定：“国有财产由国务院代表国家行使所有权；法律另有规定的，依照规定。”这既符合人民代表大会制度的特点，也体现了党的十六大关于国家要制定法律法规，建立中央政府和地方政府分别代表国家履行出资人职责，享有所有者权益的国有资产管理

体制的要求。全国人民代表大会通过立法授权国务院代表国家行使国家所有权，体现了全国人民代表大会的性质及其行使职权的特点。政府行使国家所有权，应当依法对人大负责，受人大监督。[1]

2、地方政府能否行使所有权？

（1）《矿产资源法》：有意模糊以实现妥协

矿产资源法第三条第一款根据宪法规定，明确了"矿产资源属于国家所有"，但未规定由谁代表国家行使矿产资源的所有权。在这个问题上，存在一种误解，好象矿产资源在哪里发现，就归哪里所有，当地政府就可以决定由谁开采，这是导致随意批准采矿、造成矿业秩序混乱的原因之一。**矿产资源属于国家所有，相应地只有中央政府才能代表国家**，宏观调控权必须集中在中央，要维护中央的权威。因此，草案在矿产资源法第三条第一款中增加了矿产资源**"不属于任何地方或者部门所有"**，"国务院代表国家行使矿产资源的所有权"的内容，将这一款修改为："矿产资源属于国家所有，不属于任何地方或者部门所有，国务院代表国家行使矿产资源的所有权。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。"[2]

有的委员和财经委员会以及有些**地方**、部门提出，矿产资源属于国家所有的涵义，**包括不属于任何地方、部门所有，也不属于其他组织和个人所有，法律不必再增加"不属于任何地方或者部门所有"的规定**。因此，建议将这一条中"不属于任何地方或者部门所有"的规定删去，修改为："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。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。"[3]

（2）《土地管理法》：上收征地审批权

根据宪法有关规定，土地征用权**只能属于国家**。以往征地权过于分散，县级以上各级人民政府都可以行使征地权，有的地方甚至乡（镇）政府实际上也在行使征地权，这是导致土地管理出现诸多问题的重要原因。草案在总结以往经验教训的基础上，根据中发〔1997〕11号文件的要求，上收了征地审批权，规定："征用下列土地的，由国务院批准：（一）基本农田；（二）基本农田以外的耕地超过500亩的；（三）其他土地超过1000亩的。""征用前款规定以外的土地的，由省、自治区、直辖市人民政府批准，并报国务院备案。""征用农用地的，应当依照本法第三十九条的规定先行办

[1] 《关于〈中华人民共和国物权法（草案）〉的说明》

[2] 《关于〈中华人民共和国矿产资源法修正案（草案）〉的说明》（1996年6月28日在第八届全国人民代表大会常务委员会第二十次会议上）地质矿产部部长 宋瑞祥

[3] 《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国矿产资源法修正案（草案）〉审议结果的报告》（1996年8月23日在第八届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议上）全国人大法律委员会副主任委员 厉以宁

理农用地转用审批。其中，经国务院批准农用地转用的，直接办理征地手续，不再另行办理征地审批；经省、自治区、直辖市人民政府批准农用地转用，在本条第二款规定的征地批准权限内的，直接办理征地手续，不再另行办理征地审批，超过本条第二款规定的征地批准权限的，应当依照本条第一款的规定办理征地审批。"[1]

（二）未列明资源的归属确定：根据资源类别不同而不同

1、无居民海岛

无居民海岛应当属于国家所有。我国宪法第九条规定，"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"。**无居民海岛作为特殊的自然资源，属于宪法规定归国家所有的自然资源，不属于由法律规定可以属于集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂等五种自然资源**。依据宪法，在海岛保护法中明确无居民海岛的权属问题是十分必要和重要的。为此，草案第四条中明确规定：无居民海岛的所有权属于国家，国务院代表国家行使无居民海岛所有权。国务院办公厅报送对《海岛保护法（草案）》修改意见的函中明确指出，无居民海岛属于国家所有，由国务院代表国家行使所有权是合适的"。[2]

2、野生动植物资源

草案修改稿第四十九条规定："野生动植物资源属于国家所有。"有的代表提出，野生植物资源的**范围不清楚**，能否规定一切野生植物资源都归国家所有，值得研究。法律委员会研究认为，依照宪法规定，森林、草原属于国家所有，法律规定属于集体所有的森林、草原除外。**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。**据此，建议将这一条修改为："法律规定属于国家所有的野生动植物资源，属于国家所有。"[3]

3、非自然资源国家所有权的确立

《物权法》：无线电频谱资源、文物、国防资源

（三）集体所有及个人使用的可能性

1、集体长期固定使用的国有草原是否划归集体所有？——所有权形式不能随意转换

[1] 《关于〈中华人民共和国土地管理法（修订草案）〉的说明》（1998年4月26日在第九届全国人民代表大会常务委员会第二次会议上） 国土资源部部长 周永康

[2] 《关于〈中华人民共和国海岛保护法（草案）〉的说明》（2009年6月22日在第十一届全国人民代表大会常务委员会第九次会议上）全国人大环境与资源保护委员会主任委员 汪光焘

[3] 《第十届全国人民代表大会法律委员会关于〈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）。

草案第三条中规定，“属全民所有但已长期固定归集体使用的草原，各省、自治区、直辖市人民政府须根据具体情况，经过同级人民代表大会同意，并报经全国人大常委会批准后，可划归集体所有。”

对此，有关地方和部门的意见很不一致。宪法规定：“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。”这就是说，**草原作为自然资源的一种，一般属于全民所有**，……如果这些草原可以由全民所有改为集体所有，是同宪法规定的精神不符合的。经与全国人大民族委员会和农牧渔业部商议，根据宪法规定，并按照所有权和经营权可以适当分开的原则，建议将这一条修改为：

“草原属于国家所有，即全民所有，由法律规定属于集体所有的草原除外。

全民所有的草原，可以固定给集体或者个人长期使用。集体所有的草原和集体长期固定使用的全民所有的草原，可以由个人承包从事畜牧业生产。

全民所有制单位使用的草原，由县级以上地方人民政府登记造册，核发证书，确认使用权。集体所有的草原和集体或者个人长期固定使用的全民所有的草原，由县级人民政府登记造册，核发证书，确认所有权或者使用权。

草原的所有权和使用权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。”（修改稿第四条）[1]

2、农村集体经济组织所有的水塘、水库中的水能否归集体所有？

修订草案第三条规定：“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。”“农村集体经济组织**所有**的水塘、水库中的水，归农村集体经济组织使用。”环境与资源保护委员会和有的地方、部门提出，取消农村集体经济组织对其所有的水塘、水库中的水的所有权，将损害农村集体经济组织的权益，加重农民的负担，建议保留现行水法“农业集体经济组织所有的水塘、水库中的水，属于集体所有”的规定。法律委员会认为，根据宪法水流属于国家所有，即全民所有的规定，水库等水利工程的所有者只能依法享有水资源的使用权，**水资源的所有权都应当属于国家**；同时，应当依法保护农村集体经济组织及其成员对本集体经济组织所有的水塘中的水的使用权。因此，建议删去这一条第二款，同时在修订草案有关规定中明确对农村集体经济组织及其成员使用本集体经济组织所有的水塘中的水，**不实行取水许可和有偿使用的制度，以切实保护农民用水权益**。将修订草案第七条修改为：“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

[1] 《全国人大法律委员会对〈中华人民共和国草原法（草案）〉审议结果的报告》（1985 年 6 月 8 日在第六届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议上）全国人大法律委员会副主任委员　　项淳一

组织所有的水塘中的水的除外。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。”[1]

三、初步结论

（一）基本坚持宪法对自然资源国家所有权的安排、采严格解释；

（二）在个别情况下根据特殊情况做出例外和特别安排；

（三）此类国策条款通过具体化具有规范性；

所有权制度作为经济制度的基本元素，被放在总纲当中。然而，通过一系列宪法解释，这些关涉基本制度、基本国策条款具有了分配国家权力以及界定基本权利的具体功能。

[1] 《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国水法（修订草案）〉修改情况的报告》（2002 年 4 月 26 日在第九届全国人民代表大会常务委员会第二十七次会议上）　全国人大法律委员会副主任委员　　乔晓阳

自然资源国家所有权的贫困

汪庆华*

一、所有制理论下的自然资源所有权

所有权与所有制联系紧密，所有制决定所有权。马克思主义认为，所有制是一定社会的生产资料归谁占有、归谁支配的基本经济制度，它构成该社会生产关系的基础和核心。所有权是由所有制形式决定的，是所有制在法律上的表现。一定的所有制关系发生变化，必然会反映到所有权制度中，使其发生变化。因此，建国以来我国的各部宪法，从结构上看，所有权的规定都是安排在所有制的条款之后[1]。而具体所有权的内容是由我国所有制决定的。

我国八二宪法在总纲中规定，我国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。公有制被认为是和私有制相对立的基本经济制度。公有制代表着社会主义社会，而私有制则代表着资本主义社会。[2]马克思在《道德化的批判和批判的道德化》当中指出，“私有制不是一种简单的关系，也决不是什么抽象概念和原理，而是资产阶级生产关系的总和。”[3]整个资本主义的运行就是建立在生产资料的私有制基础上的。要改变资本主义社会的经济形态，要改变资本主义社会经济运行的法则，就必须要改变资本主义的生产关系，特别是资本主义所有制，也就是要建立社会主义公有制。社会主义公有制意味着土地等生产资料的国家所有，而自然资源属于生产资料重要类型，因此也属于国家所有。马克思在《土地的国家所有》中指出：“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。”“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

* 中国政法大学教授，联系方式：wqhwqh@hotmail.com。本文为会议论文初稿，请勿引用传播。

[1] 关于我国宪法财产权的意识形态基础的深入讨论，可以参见王锴：“中国宪法中财产权的理论基础”，《当代法学》2005 年第 1 期。

[2] 孟勤国：“公有制和物权立法”，《法学》2004 年第 2 期。

[3] 《马克思恩格斯全集》第四卷，人民出版社 1956 年版，页 352。

权才会随着它们赖以存在的经济基础一同消失”。[1]随着对社会主义认识的加深，我国现行宪法规定的国家基本经济制度是公有制为主体，多种经济成分共同发展。就源流而言，我们无法简单地从财产权的法律体系和理论来理解八二宪法关于自然资源国家所有的规定。毋宁说，这一法律技术概念是受到背后的意识形态的支配的。

二、自然资源国家所有权的宪法规制

土地和自然资源归国家所有是社会主义公有制经济制度的核心内容。1936 年《苏联宪法》第十一条第二款规定，“土地及其矿藏、水流、森林，均全部为国家财产。”我国五四宪法在立法的宗旨和技术上对《苏联宪法》均有所继承。可以说，其中的一些规定是直接以苏联宪法为蓝本的。关于自然资源，五四宪法第六条第二款的表述为，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。八二宪法第九条规定，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。

在法律史和法学观念中，土地和自然资源作为独立的概念，经由不同法律予以调整规范，是晚近出现的现象。从比较法上来看，自然资源往往是作为土地的附属物而存在，矿藏、水流、森林、山岭都是附着于土地或者是土地的一部分的，所以它们都是土地所有权的客体。参照各国关于土地权利的规定，土地所有者的权利向上及于天空，向下及于地心。比如法国民法典赋予土地所有权以无限的空间范围，土地所有权包括地上及地下之权。而英美财产法也认为土地所有人的权利上及土地之上的空间，下及土地中的矿藏、附着于土地的水流。土地和自然资源在法学概念和法律规范上的分离并不能改变土地和其他自然资源在自然界中的整体性和实质联系。在我国，由于不同的资源权属登记分别属于不同的行政部门，在现实中导致了同一土地上的自然资源所有权登记的混乱情形。

《物权法》规定属矿藏、水流、海域属国家所有；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；法律规定属于国家所有的动植物资源，属于国家所有。无线电频谱资源属于国家所有。法律规定属于国家所有的文物，属于国家所有。国防资产属于国家所有。铁路、公路、电力设施、电信设施和油气管道等基础设施，法律规定属国家所有的，属于国家所有。在宪法规定的矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂七种自然资源之外，《物权法》将国有自然资源扩大到海域、无线电频谱资源，以及法律规定属于国家所有的动植物资源，

《物权法》作为物权制度的一般法，对此前制定的相关特别法的关于国家所有的规定进行了系统化的归纳，并在归纳的基础上进一步扩大了国家所有权的内容。海域

[1] 《马克思恩格斯全集》第十八卷，人民出版社 1956 年版，页 64-65，页 67。

属国家所有规定于《海域使用管理法》，野生动物资源属于国家所有规定于《野生动物保护法》。无线电频谱资源属于国家所有规定于《无线电管理条例》。就自然资源而言，除了以往法律法规规定属于国有的类型之外，《物权法》将国家所有的自然资源的范围进一步扩大到，法律规定的属于国家所有的野生植物。这些专属于国家的动产和不动产的根本特征是个人不能取得所有权。

法律是否可以扩大解释宪法第九条自然资源的内容取决于该条是否属于派他性的穷尽式的列举。欧阳君君认为，宪法第九条的规定乃是“绝对列举未尽”，也就是说除法律规定属于集体所有的森林、山岭、草原、荒地、滩涂之外，其他的自然资源，既包括第九条明确列举的七种类型，也包括这七种类型之外的没有明确列举的自然资源均属于国家所有。理由有三：有利资源使用管理，维护社会公平正义，确保法律体系稳定。[1]核心理由在于维护法律体系稳定，而这个所谓的需要稳定的法律体系，其实恰恰是需要加以重新建构的，最低限度违反法律保留，严重情形违反宪法规定。在低位阶法律规范和高位阶法律规范冲突时，应通过宪法审查宣布低位阶法律规范无效，而非扭曲宪法意图，服从于内部冲突的法律体系。这一“绝对列举未尽”从正面表述，并在理论上予完善充实，就是“统一唯一国家所有权理论。”，即“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。”孙宪忠则认为，中央地方政府之间、地方各级政府之间、央企和地方国企之间都存在着利益上的不一致乃至冲突，并不存在一个统一的唯一的国家所有权的主题，基于此理论基础上的现行国家所有权制度严重违背民法科学原理，其主体、客体、权利、义务及责任等民事法律关系五个基本要素均不明确和确定。因此，应尽速废止“童话式的统一唯一国家所有权”理论，代之以符合民法科学原理的公法法人所有权理论。[2]

三、自然资源国家所有权法定之困境

（一）所有者的缺位——国家所有权的代表

自然资源是指天然存在的自然物（不包括人类加工制造的原材料）并有利用价值的自然物，如土地、矿藏、水利、生物、气候、海洋等资源，是生产的原料来源和布局场所。（《辞海》）自然资源具有以下特征：自然资源禀赋的天然性。自然资源来自天然界，并非人类劳动的产物。自然资源具可利用性，能够满足人类的需求。自然资源具有质、量和时空属性，是一个动态的概念。[3]

这一关于自然资源特征的描述仍然偏重于它对于人类所具有的价值。“自然资源

[1] 欧阳君君：“论国有自然资源的范围，”《中国地质大学学报》第 14 卷第 3 期，2014 年 5 月。
[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，”《法律科学》2013 年第 3 期。
[3] 邱秋：《中国自然资源国家所有权制度研究》，科学出版社 2010 年版，页 12-13。

与自然环境是两个不同的概念，但具体对象和范围又往往是同一客体。自然环境是指人类周围所有的客观存在物，包括土地、、光、热、水、矿物、生物等；自然资源则是从人类需要的角度来认识和理解这些要素存在的价值，凡能为人类利用的环境要素则称为自然资源。因此，有人把自然资源和自然环境比喻为一个硬币的两面。”[1]

就所有权的产生、功能和特征等方面来看，一种自然资源所有权的形成，必须具备三个条件：一是稀缺，二是能够特定化，三是在使用的时候没有外部性或者外部性很小。[2]宪法规定为国家所有的一些资源类型，其实无法予以特定化。自然资源国家所有，而国家是一个抽象的存在。国家需要自己的代表者。《水法》、《土地管理法》、《海域使用管理法》、《草原法》、《海岛保护法》都明确了由国务院代表国家行使所有权。《森林法》、《野生动物保护法》都没有明确国家所有权的代表。《物权法》基于上述各自然资源的特别法的立法经验，于四十五条规定：“法律规定属于国家所有的财产，属于国家所有即全民所有。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。”

由国务院代表国家行使国家所有权可操作性不强。理论上关于国家所有权的代表，也存在不同的学说。一是国家所有意味着全民所有，因而所有权人是全民而不是国家，所有权表现形态为全民共有。二是国家所有意味着所有者是国家。三是国家土地和自然资源所有权应为各级政府所有，法律应明确各级政府的所有权。[3]更有学者进一步指出，国家所有，实为“神话”。[4]

（二）所有者的悖论——集体所有制的意涵

集体所有权作为所有权的一种形式，其行使方式与国有财产不同。“集体”是所有制上的概念，而非民法上的概念。“因为劳动群众集体的法律形态在法律上无法界定。”[5]农村集体所有权不仅是一种财产权，而且是和身份有关的权利。韩松则从农村社区的主体构成来明确农村集体所有权主体的内容，农村集体所有权的主体“应采取农村社区全体成员所有的形式，也就是说，农村社区集体所有权的主体分别是村民小组全体成员，村内全体集体成员，乡内全体集体成员。”[6]马俊驹、宋刚强调了集体所有制的合作社本质，认为集体所有权在集体这个小范围内是公有，所有成员在物理上都可以直接支配财产，而国有财产不可能所有人都可以对其进行直接支配，只能由特定机构代表全国人民来行使。集体所有权也和个人财产制之下个人可以支配其财产不同，集体组织成员在处分集体财产时，必须遵照全体成员以民主的方式形成的集体意

[1] 裴丽萍：“论水资源国家所有的必要性”，《中国法学》2003 年第 5 期。
[2] 张璐：“气候资源国家所有辩，《法学》2012 年第 7 期
[3] 郭洁：《土地资源保护与民事立法研究》，法律出版社，页 219。
[4] 王军：“国企改革与国家所有权的神话”，《中外法学》2005 年第 3 期。
[5] 孙宪忠：“物权基本制度的基本范畴及主要制度的反思（上）”，《中国法学》1999 年第 5 期。
[6] 韩松：“论集体所有权的主体形式”，《法制与社会发展》2000 年第 5 期。

思。集体意思是集体所有权行使的前提，必须要有集体组织的成员民主权利得以实现的程序机制，以确保集体所有权的正确行使。[1]

现在农村土地集体所有制是在原来的合作社和人民公社制度基础上发展而来的。人民公社制度分为三个层次，人民公社、生产大队和生产小队。一般被概括成：三级所有，队为基础。为了应对大跃进带来的灾难性后果，中央政府将生产资料（农田、牲畜、农具等）所有权分配给上述三级单位集体所有。在中央内部，对于土地所有权和核算权的单位究竟是生产大队还是生产小队存在着争论。1962 年 9 月，党的八届十中全会在北京召开，会议通过了《农村人民公社工作条例《修正草案》》，这就是众所周知的《农业六十条》。该条例规定，生产队是人民公社中的基本核算单位。……生产队范围内的土地，都归生产队所有……集体所有的山林、水面和草原都归生产队所有《农业六十条》关于农村土地所有制的规定支配了此后二十余年间中国农村的土地的所有权的状况。到二十世纪八十年代，人民公社解体，被乡镇取而代之，行政村取代了生产大队，生产小队则为自然村或 村民小组所取代。在新的土地权属的安排中，生产队作为农村土地所有者的地位，为一个更为模糊的概念农民集体经济组织所取代。[2]

根据土地管理法第十条规定，农民集体有的土地依法属于村农民集体所有的，由村集体经济组织或村民委员会经营；已经分别属于村内两个以上农村集体经济组织所有的，由村内各该农村集体经济组织或者村民小组经营、管理；已经属于乡（镇）农民集体所有的，由乡(镇)农村集体经济组织经营、管理。

这是国家所有之外，公权力楔入私法的另一类情形。这一条所带来的问题比它所解决的要多得多。首先集体经济组织是什么？一些地方设立的农工商联合体是集体经济组织吗？村办企业呢？其次，集体经济组织和村民委员会是什么关系？它是并列关系，还是重合关系？[3]最后，在土地及各种集体所有的自然资源的确权过程中，往往是确认农民的土地承包经营权，很少有对集体所有的土地的所有权进行确权。农民集体所有的土地、草场、森林、山岭等自然资源被蚕食、侵占和吞并的情形屡见不鲜。

我国法律对集体所有土地的所有者的规定并不明确，但《土地管理法》对于集体土地所有权的限制作出了很多规定，其中包括土地用途用途管制，严格限制农业用地转为建设用地、限制土地承包经营的期限、限制集体土地发包给集体经济组织以外的集体和个人、禁止闲置耕地、集体建设用地使用范围的限制、集体土地使用权交易限制等；此外《房地产管理法》禁止集体土地用于房地产开发。[4]尽管宪法明确农村和

[1] 马俊驹、宋刚：“合作制与集体所有权，”《法学研究》2001 年第 6 期，页 120。
[2] 何·皮特：《谁是中国土地的拥有者？》，林韵然译，社会科学文献出版社，页 41-42
[3] 王卫国、王广华主编：《中国土地权利的法治建设》，中国政法大学出版社 2002 年版，页 9。
[4] 王卫国、王广华主编：《中国土地权利的法治建设》，中国政法大学出版社 2002 年版，页 38。

城市郊区的土地属于集体所有，但是集体土地所有权的实际内容被《土地管理法》和《房地产管理法》所限制，集体土地所有权中的使用、收益、处分的权能被抽空，从而导致集体土地所有权的主体模糊、内容虚化。现有的法律设计使得行政权力侵蚀了集体土地权利行使的各个环节，集体土地所有制的内涵已经异化。[1]

就此而言，集体土地所有权和国家土地所有权之间并不平等。集体土地要进行房地产开发，必须要先由国家征用转变为国有之后，才能在土地市场上通过招标、拍卖、挂牌的方式转让土地使用权。但是，国家在征收集体土地，对农民进行补偿的时候，以土地的原有用途进行估价，而非依据其作为建设用地进行估价，这导致补偿标准偏低，严重损害集体土地所有者的权益。

（三）国有化冲动何以遏制

社会主义改造完成以后，我国在土地和自然资源领域形成了国家所有和集体所有的“二元结构”，它们都是公有制的表现形式。尽管物权法确认了不同所有制类型的平等地位，但这种物权保护上的形式平等无法改变的国家所有权独大，集体所有权式微的现实。[2]在土地方面，只存在集体所有的土地被国家征收以后，转为国有的单向流动，而不存在国有土地转为集体土地的情形。[3]更进一步，土地和自然资源权属认定中的“推定国有”的原则更进一步强化了国家所有权的优先性。

在涉及到土地所有权权属纠纷的时候，依据的是《农村六十条》及《确定土地所有权和使用权的若干规定》。在集体和国家就土地或自然所有权存在争议的时候，《土地管理法实施条例》规定，“国家未确定为集体所有的林地、草地、山领、荒地、滩涂、河滩地以及其他土地”属于国家所有。原国土局颁布的《确定土地所有权和使用权的若干规定》中，主张集体所有的一方负有举证责任，如果无法完成举证责任，将推定争议的土地为国家所有，此即“推定国有原则”。而《海岛保护法》采取了无主地归国家所有的规定，实际上就是“推定国有原则”

在土地和自然资源领域，不应实行推定国有的原则，以防止国家所有的泛化，形成普遍的无补偿的直接剥夺式的国有化，这种行为背后往往是地方政府经济利益驱动，以自然资源保护为名，行自然资源开发之实，甚至造成自然资源掠夺之果。

（四）国家所有和民众习惯

土地和自然资源国家所有是生产资料社会主义改造的结果。这一过程带着政府的强迫命令，农民对这一改造并不都是心甘情愿地接受的。农村成立初级社时，土地所有权属于农民个人所有，此时的农业合作社是成员以土地的使用权投入的，但进入高

[1] 刘俊：《中国土地法理论研究》，法律出版社。
[2] 邱秋：《中国自然资源国家所有权制度研究》，科学出版社 2010 年版，页 111。
[3] 郭洁：《土地资源保护与民事立法研究》，法律出版社。

级社后农民对土地失去了所有权，相应地，农业合作社就取得了所有权。[1]土地公有毕竟和几千年来中国人固定的土地财产观念是相冲突的。因此，即使是在强调一大二公的年代，在鼓吹割资本主义尾巴的年代，最强势的政治也对民众的习惯有所让步和接受。《农业六十条》中规定，由生产大队或生产队划出耕地面积的百分之五到七分配给社员家庭作为自留地，长期不变，用于开展家庭副业生产。这实际是允许在集体经济之外小农经济的存在。自留地无使用期限，农民习惯上也将其视为永业或者私有。

四、自然资源国家所有权之法律建构

（一） 自然资源国家所有应采法律保留原则

原《水法》规定，水资源属于国家所有，即全民所有。农村集体经济组织所有的水塘、水库中的水，属于集体所有。这一立法是对《农业六十条》中关于水权的规定的继承。《农业六十条》第二十一条规定："集体所有的山林、水面和草原，凡是归生产队所有比较有利的，都归生产队所有。"但新的水法将水资源国家所有绝对化，将集体所有的条文改成"农村集体经济组织的水塘和由农村集体经济组织修建管理的水库中的水，归各该农村集体经济组织使用"。《民法通则》中关于劳动群众集体组织的财产属于劳动群众集体所有，包括集体所有的水库、农田水利设施。因此，新水法是对民法通则关于集体所有的内容的一次实质性的修改，从而使得国家成为水资源的唯一所有者。

水法对其适用范围界定与在我国领域内开发、利用、节约、保护、管理水资源，防治水害，适用本法。水资源，包括地表水和地下水。根据联合国教科文组织的定义："水资源应该指可利用或有可能被利用的水源。这个水源，因具有足够的数量和可用的质量，并能够在某一地点为满足某种用途而被利用。"[2]新水法是对八二宪法的回归，还是对集体所有的水塘和水库里的水实行了一次国有化，这取决与我们对宪法第九条规定的水流的理解。水流国家所有是否意味着水资源的国家所有？

除了以法律的方式扩大解释宪法自然资源的意涵之外，更存在通过行政规章、行政法规和地方性法规确立宪法未曾列举的新的自然资源类型的情形。

1993 年财政部、国家海洋管理局通过《国家海域使用管理暂行规定》中首次提出海域使用权的概念，并依据宪法的自然资源国有原则为依据，在第四条规定"海域属于国家所有。"这是通过行政规章认定某一类型自然资源所有权属于国家所有的立法例。

《无线电频谱资源管理条例》最先规定无线电频谱资源属于国家所有。这是通过

[1] 马俊驹、宋刚："合作制与集体所有权，"《法学研究》2001 年第 6 期，页 124。
[2] 转引自，王亚华：《水权解释》，上海三联书店、上海人民出版社 2005 年版，页 25。

行政法规创设国家对资源拥有所有权的例子。无线电频谱指的是人类现在能够充分利用而且范围最广的频谱为3000GHz以下的这部分电磁波。无线电频谱可用来进行声音和图像传播、气象预报、导航、无线通信等方面。[1]无线电频谱国家所有条款下的立法解释中，无线电频谱被看成是自然资源的一种类型，并基于它具有有限性、排他性、易污染性等特点，将其规定为国家所有。其实，频谱是无线电波的物理属性(频率)的集合，并非"物"本身，欠缺资源的自然属性，最多是一种准资源。只有在特殊含义的"稀缺"和"有用"语境下，才可称其为"资源"。[2]支持无线电频谱国家所有的学者认为，就公法来说：无线电频谱在国际法上是国家主权的内容之一，在行政法上，无线电频谱是公物。除非扩大解释宪法第九条"自然资源"的意涵，否则它仍然没有解决无线电频谱国家所有的宪法基础。

2012 年 6 月 14 日，黑龙江省人大常委会通过《黑龙江省气候资源探测和保护条例》，其中规定"气候资源属于国家所有。"依据该条例，气候资源是指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。按我国现行宪法，专属国家所有的自然资源只有矿藏和水流。宪法规定以外的自然资源属于公共物品，地方立法是否可以对其予以国有化呢？[3]这就涉及到了法律保留（Gesetzesvorbehalt）原则和国家法制统一问题。一般认为，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。[4]这里所说的立法者是狭义的立法者，法律也是狭义上的。狭义的立法者乃经由民众选举产生具有代议功能、行使立法职责的机构，狭义的法律指由立法机构依据法定程序通过的具有普遍约束力的规范性文件。

我国《立法法》第八条确立了法律保留原则,规定了民事、经济基本制度，非国有财产的征收，犯罪和刑罚等事项只能由全国人大和全国人大常委会通过法律来加以规定。风能、太阳能属于公共领域的自然资源。风能，乃是因空气流动而产生的动能。而太阳能，是因太阳辐射而产生的能量。自从有人类社会以来，将空气和阳光收归国有亦属罕闻。风能、太阳能因其属性，不宜对它所有权的归属加以确认。退而言之，倘若太阳能和风能真的需要成为国家所有，这也需要中央的统一立法。当非国有财产被征收的时候，只有全国性的法律才可对这一领域加以规定。《条例》作为地方性法规，无权就此做出规定。也有学者同样援引法律保留原则，主张自然资源的归属属于基本经济制度或者基本民事制度的范畴，因此只能由全国人大的立法予以规定。由此可见，无论援引《立法法》第八条中的哪一项，黑龙江省人大常委会都无资格确定风

[1] 倪旭佳、王峰："法律视野中无线电频谱资源"，《北京理工大学学报》2009 年第 6 期。页 84-91.
[2] 娄耀雄："论无线电频谱使用权的准物权特征及面向技术进步的制度变革，"《法律科学》2009年第6期。
[3] 关于黑龙江省这一立法以及四川乌木案合宪性的讨论，可以参见《法学研究》2013 年第 4 期所组织的"自然资源国家所有权专题"文章。
[4] 许宗力："论法律保留原则，"载《法与国家权力（一）》，元照出版 2006 年，页 118。

能太阳能的所有权属，“气候资源属于国家所有”这一该条款因违反上位法律而无效。

2004 年 7 月宁波市人大常委会制定了《宁波市无居民海岛保护条例》。该《条例》规定，“无居民海岛属于国家所有”。一个较的市的人大常委会是否有权力宣布无居民海岛的所有权归属，这其实是一个重大的宪法问题。不过这个条例出台当时并没有象黑龙江的气候资源立法一样引发学界普遍的关注。

基于以上的讨论，初步结论是，地方立法和行政法规扩大解释宪法第九条的内容，应属无效。基于宪法解释的权属，法制统一原则，单一制国家原则，自然资源的范围应由全国人大常委会通过法律这一层级的规范来加以规定。

（二） 反思以民法物权体系统合自然资源思维

从法律规范体系来说，我国目前形成了以宪法第九条为主体，以《水法》、《草原法》、《矿产资源法》、《渔业法》、《海域使用管理法》、《野生动物保护法》、《海岛保护法》为分支，以《土地承包法》和相关司法解释为补充的自然资源立法体系。但是，并不存在统合以上单行立法的作为一般通则的自然资源法。

《水法》、《海域使用管理法》、《森林法》、《草原法》，它们具有如下特征，它们都是调整具体自然资源法律关系的部门行政法。《水法》的适用范围是，在我国领域内开发、利用、节约、保护、管理水资源，防治水害。《海域使用管理法》这一法律的名称本身就体现了它主要是一部行政管理法。《森林法》设立专章规定森林管理。《草原法》规定在我国领域内从事草原规划、保护、建设、利用和管理活动，适用本法。

我国在推行社会主义市场经济的过程中，在所有权和使用权分离的立法技术下，自然资源国家所有权的物权化[1]，也就是民事权利化，成为了单前自然资源法律体系构建的路径，而《物权法》成了这一路径的集大成者。一些学者也把《民法通则》和《物权法》作为上述单行立法的一般法，将私法领域概念、理论和范式直接或者改头换面套用于上述部门行政法是自然资源所有权领域理论混乱、众说纷纭的原因。其实以民法统合自然资源立法的雄心也不是没有根据。因为这些以行政管理为主要目的的自然资源立法中，除了管理之外，还有一个利用自然资源的宗旨，为此目的必须创设出自然资源使用权利类型，又因为国家拥有了绝大部分自然资源，国家本身又无力或者不愿亲自从事自然资源的经营活动，为此所有权和使用权分离的立法模式为自然资源单行立法所普遍采用。1988 年八二宪法第一次修改，确立土地使用权市场化的原则以后，取水权、海域使用权、林权、草原承包经营权的市场化有了宪法上的参考和

[1] 关于自然资源单行立法、《民法通则》和《物权法》中自然资源国家所有权的物权化的详细讨论和分析，参见邱秋：《中国自然资源国家所有权制度研究》，科学出版社 2010 年版，页 148-155。

理由。这些行政部门法中所包含的私权的因素使得民法帝国主义的雄心有了用武之地。其实，与其说土地、草原承包经营权、取水权、渔业权、海域使用权、林权等自然资源使用权是一种准物权，或者用益物权[1]，毋宁说这是一种特别的行政许可。[2]政府设定这些权利的行为本身是设立了一个行政许可。许可的英文应为 license，就其词源来说，是普通法上关于土地通行的一个概念。一个人要进入他人的土地上从事活动，必须得到所有权人的准许，否则属于非法侵入。[3]有时，这种许可是隐含的，并不需要得到所有权人的书面同意。行政许可，指的是通过行政过程创设财产权利和行动自由的构成性事实。[4]这些关于自然资源使用权的行政许可中，一些类型是免费的，另一些类型则是有偿的。公民所获得的经营权、取水权、渔业权等等都受信赖利益的保护。这些使用权是财产权的一种表现形式。财产权是一束权利的集合，它并不一定要以所有权作为内核来予以形塑。自然资源的法律制度设计并不必然以所有权为前提。在涉及自然资源的管理方面，我国《行政许可法》所规定的“直接涉及国家安全、公共安全、经济宏观调控、生态环境保护以及直接关系人身健康、生命财产安全等特定活动”或者“直接关系公共利益的特定行业的市场准入都可以成为政府在相关领域进行设立许可的依据。[5]

另外有学者强调自然资源国家所有权的公权力属性，认为自然资源国家所有是一种积极干预权，目的在于实现自然资源的合理利用。[6]这种观点的合理性在于其论证的出发点植根于宪法规范本身，从公法视角出发审视自然资源国家所有的本质。但从制度条款推导出权力依据是一个巨大的跳跃，在公法上能否找到充足的法理支持不无疑义。

自然资源法必然是一个公法和私法交叉的领域。既需要通过公法来限制政府行政许可权力的行使，又需要通过私法来保护获得许可的公民财产权利的安全。比如，频谱使用权是经行政许可获得的发射特定频率无线电波的行为权利，[7]其权利基础是政府的行政许可行为，而权利性质是一种财产权。[8]

[1] 认为自然资源使用权是民法学、自然资源法学界的通说。大量的民法和环境资源法教材将此置于用益物权体系中，具体可以参见，金海统：《资源权论》，页 31，注释 3。这一民法和环境资源法的通说也为《物权法》所吸收。《用益物权编》118 条规定：“国家所有或者国家所有由集体使用以及法律规定属于集体所有的自然资源，单位、个人依法可以占有、使用和收益。”

[2] 准物权说的代表性学者崔建远也指出并强调，准物权的产生需要经过行政许可。崔建远：《准物权研究》，法律出版社 2004 年，页 72。

[3] Joseph William Singer, *Property Law, Rules, Policies, and Practices*, Aspen Law & Bussiness, p. 380。陈端洪：“行政许可和个人自由，”《法学研究》2004 年第 5 期。

[4] 陈端洪：“行政许可和个人自由，”《法学研究》2004 年第 5 期。

[5] 张璐：“气候资源国家所有之辩”，《法学》2012 年第 7 期

[6] 巩固：“自然资源国家所有权公权说，”《法学研究》2013 年第 4 期。“自然资源国家所有权公权再论，”《法学研究》2015 年第 2 期。

[7] 娄耀雄：“论无线电频谱使用权的准物权特征及面向技术进步的制度变革，”《法律科学》2009 年第 6 期。

[8] 梅夏英认为，自然资源使用权是一种特许物权。参见梅夏英：“特许物权的性质及立法模式选择”，《人大法律评论》2001 年第 2 期，页 71-76。

（三） 从生态文明的视角重构自然资源所有权

检视当前关于自然资源立法和理论研究，存在两种需要反思的倾向：一是国家所有为中心，二是经济挂帅主义。国家所有既全民所有，全民所有却没有哪个具体的公民可以主张所有，这种拟人化的制度设计带来的必然后果就是国家所有权代表者的缺位。国家所有，空无所有。各种自然资源往往成为各级地方政府的禁脔。既然各自然资源单行立法中，都以开发资源为核心宗旨，那么靠山吃山、靠水吃水也成了合理的普遍的选择。中国目前的资源破坏、无效利用、环境污染触目惊心，这和自然资源单行立法中对开发利用的经济维度的强调不无关系。

国家拥有自然资源是为了避免私有制必然带来的社会分化和阶级对立。当国家所有权虚置，资源使用权凸显，而公民无法借助新闻媒体对国家所有权转为使用权的过程进行监督，无法借助司法救济渠道对国家所有权向使用权转换过程进行挑战的时候，自然资源所有恰恰成为了权钱交易集中的领域。自然资源国家所有使得一些人一夜暴富。这恰恰和自然资源国家所有制的初衷背道而驰。自然资源国家所有权的贫困不仅在国家所有主体的虚置，集体所有权益的侵蚀，更在于它无法解释令人信服自然资源国家所有的正当性。另一方面，自然资源所有权物权化的倾向不仅会造成市场的扭曲，更会损害到代际公平。[1]

自然资源国家所有制借助于所有权和使用权二分的立法技术，使得资源的经济价值得以实现，这是过去三十年来自然资源立法的一条主线。但自然资源禀赋的特殊性，它和自然环境的直接关联性促使我们要转变经济挂帅的自然资源观，以生态文明的视角重新构建自然所有权。自然资源国家所有的目的为了实现生态保护、可持续发展，而不是为了实现资源使用经济效益最大化。为此目的，自然资源使用权的立法和环境保护立法需要同步；[2]自然资源使用权的许可和环境影响评价直接关联，从而确保自然资源国家所有服务于生态文明的目标。

[1] 邱秋：《中国自然资源国家所有权制度研究》，科学出版社 2010 年版，页 186。
[2] 郭洁：《土地资源保护与民事立法研究》，法律出版社 2002 年，页 95-101。

保护野生动物抑或保护国家所有权
——从私割鲸肉应否处罚谈开去

陈仪*

[内容摘要] 割取死亡鲸肉的行为未被我国《野生动物保护法》分则所明文禁止，依《野生动物保护法》总则和《物权法》关于“野生动物资源属于国家所有”的规定，这种行为可认定为盗窃国家财产的行为。美国《海洋哺乳动物保护法》对此类行为亦予以禁止，但其理由却非基于国家所有权，而是基于保护野生动物的需要。我国野生动物资源国家所有权与物权法理论有诸多难以相容之处。“野生动物资源”的国家所有权实为一种公法上的所有权，不同于私法上的所有权，应适用不同于私法规则的公法规则。国家对宣示为国家所有的公共自然资源并不拥有独占和排他的权利，在以禁止、许可等方式限制公众利用公共自然资源时，不应以市场化方式运作，而须考虑公共利益。也不得在法律未明文禁止的情况下，以“盗窃”财产为由处罚利用公共自然资源者。

[关键词] 野生动物资源　国家所有权　物权 公共信托理论

一、由一则案件引出的问题

2012 年 3 月 16 日，4 头抹香鲸搁浅江苏省盐城市滨海县新滩盐场，尽管当地渔民、政府部门和有关专家全力抢救，但 4 头搁浅的鲸鱼还是在 17 日上午全部死亡。[1]17 日晚，网友在海边电话报料：夜里有人开车带着刀具把鲸肉割下。该事件引起了全国媒体的高度关注，多家媒体均以图片和醒目标题报道了这一新闻，鲸鱼惨遭割肉的血腥图片，令舆论一片哗然。19 日，2 名涉嫌盗取鲸肉的人员被警方控制。据警方介绍，17 日晚上这两人不顾岸边公安人员的警戒，借助海上大雾，悄悄划船靠近死亡的鲸鱼，然后残忍地割取了鲸鱼肉。19 日上午，由于海滩地况复杂、拖运困难等原因，4 头死亡抹香鲸取样后被就地深埋。[2]

事件发生后，死亡鲸鱼被割肉事件在网络上引发很大争议。网民们分成了壁垒分明的两派：一派在惋惜鲸死亡的同时，对割鲸肉者提出了强烈谴责，认为此种行为野蛮残忍，应当受到法律的制裁；其中一部分网民惊叹鲸搁浅死亡遭割肉闻所未闻，国民素质低下；但另一派则认为鲸虽然是保护动物，但当地民众已全力抢救，尽到了保护义务；当鲸死亡后，如果政府无力保存或利

*

[1] 力金、郭小川：《江苏盐城黄海海域 4 头大型鲸鱼搁浅死亡》，《扬子晚报》2012 年 3 月 18 日。
[2] 王晓宇：《死亡鲸鱼就地掩埋，两割肉人已被控制》，《现代快报》2012 年 3 月 20 日。

用，与其让其腐烂或埋于地下，不如让民众割肉吃掉，省得浪费；吃死掉的鲸肉与吃海里捕捞到的鱼并无本质区别。[1] 因此，无须指责割肉者残忍，也不应对割肉者进行处罚。两派观点针锋相对，相持不下。当地警方对该如何处理 2 人亦深感头疼，办案警官称，“虽然抹香鲸是国家二级保护动物，但是这两个人不是导致其死亡的直接凶手，他们只是盗窃了其中死亡鲸鱼的肉，对他们的处理我们还需进一步研究。”[2]

网络的热议和警方的困惑折射出偷割死亡鲸肉这一现象所涉及的诸多法律疑难问题：尽管被割得血肉模糊的鲸鱼尸体让很多人感到残忍和心理不适，但对于公民而言，“法无明文禁止即自由”、“法无明文规定不处罚”，如果现行法律对私割死鲸肉的行为未明确加以禁止，那么即使行为人的行为被认为十分残忍、或对公众情感造成侵犯，公权力也不应当介入。因此，欲厘清本案中 2 人的行为是否应当处罚必须考虑以下几个因素：第一，依照我国《野生动物保护法》规定，捕杀鲸鱼的行为是违法行为。但私割死亡鲸鱼的尸体是否违法行为？如属违法，违反的是什么法？应该追究私割者何种法律责任？公权力是否有权对之作出处罚？第二，鲸鱼尸体的所有权属于谁？如果属于国家所有，割鲸肉就是侵犯了国家财产。第三，类似的私割死鲸肉的行为在其他国家是怎样处理的？

二、私割鲸肉是否违反我国的法律规定

（一）鲸鱼属于《野生动物保护法》的重点保护对象

鲸是一种海洋水生动物，从理论上来讲，同其他水生动物一样，属于我国渔业资源的一种，应受《渔业法》调整。但《渔业法》第 37 条对珍贵、濒危水生野生动物作出了特殊规定：“国家对白鳍豚等珍贵、濒危水生野生动物实行重点保护，防止其灭绝。禁止捕杀、伤害国家重点保护的水生野生动物。因科学研究、驯养繁殖、展览或者其他特殊情况，需要捕捞国家重点保护的水生野生动物的，依照《中华人民共和国野生动物保护法》的规定执行。”在林业部和农业部共同拟定、国务院批准的《国家重点保护野生动物名录》中，鲸类被列入二类保护动物，因此，根据《渔业法》第 37 条以及《野生动物保护法》第 2 条，[3]此次搁浅死亡的抹香鲸应受《野生动物保护法》保护，并且还属于其中的“重点保护野生动物”。

（二）《野生动物保护法》分则并未禁止对鲸鱼尸体的自用行为

为了保护珍贵、濒危的重点保护野生动物免受侵害，一切直接侵害或有可能助长侵害珍贵、濒危的重点野生动物的行为都被法律所禁止。在《野生动物保护法》第三章“野生动物的管理”中，猎捕、杀害国家重点保护野生动物的行为；[4]出售、收购国家重点保护野生动物或者其产品；未取得批准，运输、携带国家重点保护野生动物或者其产品出县境；未经批准出口国家重点保护野生动物或者其产品的，进出口中国参加的国际公约所限制进出口的野生动物或者其产品等行为都为法律所明令禁止。[5] 上述规定不仅涉及对国家重点保护动物活体的保护，也包括对其尸体的

[1] 具体讨论可参见天涯社区天涯杂谈《穷疯还是饿疯？江苏 4 头搁浅死亡鲸鱼被人割肉》 等帖子，http://www.tianya.cn/publicforum/content/free/1/2437181.shtml ，最后访问于 2012 年 3 月 31 日。

[2] 王晓宇：同前注 2。

[3] 《野生动物保护法》第 2 条：“本法规定保护的野生动物，是指珍贵、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。”“珍贵、濒危的水生野生动物以外的其他水生野生动物的保护，适用渔业法的规定。”鲸即属于珍贵、濒危的水生野生动物。

[4] 《野生动物保护法》第 16 条。猎捕、杀害国家重点保护野生动物是对野生动物的直接侵害。

[5] 《野生动物保护法》第 22 条至 24 条。这些条款所禁止的行为会助长对野生动物的猎捕和杀害。例如，如果不禁止对虎骨的交易，盗猎老虎取得虎骨的行为就难以被真正制止。

保护。例如，禁止出售、收购的不仅包括国家重点保护野生动物活体，也包括重点保护动物的尸体或其产品（如皮、毛、骨、齿等以及利用上述材料的制成品）。因此，上述案件中被控制的 2 位嫌疑人如果不仅有割鲸肉的行为，还有贩卖鲸肉的行为，[1]自然可以按照《野生动物保护法》第 22 条以及第 35 条的规定，由工商行政管理部门（而非公安部门）没收实物和违法所得，还可并处罚款。但如果 2 人虽有割肉行为，却完全是为了自用，既未出售，也未运输出县境，则在《野生动物保护法》第三章“野生动物的管理”和第四章“法律责任”部分都难以找到相应的处罚依据。

（三）根据《野生动物保护法》总则和《物权法》，私割鲸肉侵犯国家所有权，涉嫌盗窃

尽管《野生动物保护法》分则部分并未将对国家重点保护动物尸体的自用规定为一种禁止并应处罚的行为，该法总则部分第 3 条却明确规定：“野生动物资源属于国家所有。”《物权法》第 49 条也规定：“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]根据上述规定，搁浅死亡的鲸鱼应属于国家所有的财产，因此，在未经国家同意下私自割取鲸鱼肉，在我国，即构成对国家财产权的侵犯，即办案民警所称的“盗窃”。2 人的割肉行为虽难以按照《野生动物保护法》分则的规定进行处罚，却可以“盗窃”为由根据《治安管理处罚法》或《刑法》的规定加以处罚。[3]从这个角度看，公安机关对本案的介入和对 2 人的控制是符合现行法律规定的。经过侦查，公安机关如果最终认定 2 人的盗窃金额达到了刑法所规定的“数额较大”，则应报请检察机关对 2 人提起公诉追究其刑事责任；如果认定 2 人的盗窃金额未达到刑事处罚的标准，则可按《治安管理处罚法》第 49 条对 2 人予以行政处罚。[4]

因此，按照《野生动物保护法》总则的规定，割肉者行为的违法性已无疑问。但如果以盗窃为由追究 2 人的法律责任，本案将有一个很大的难点难以解决——应如何认定盗窃的数额？由于鲸鱼是我国的国家重点保护动物，鲸鱼及鲸鱼产品均不允许交易，并不存在鲸肉的市场价格，那么应该以何标准来计算 2 人割取的鲸肉的价值？最高人民法院法释[2000]37 号《关于审理破坏野生动物资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 10 条规定：“珍贵、濒危野生动物制品的价值，依照国家野生动物保护主管部门的规定核定。”即珍贵野生动物制品的价值是由野生动物保护主管部门通过制定规章或规范性文件来规定的。国家林业局曾于 2001 年颁布《国家林业局关于发布破坏野生动物资源刑事案件中涉及走私的象牙及其制品价值标准的通知》，规定对走私的象牙及其制品的价值按每根象牙 25 万元人民币核定。但对于本案中鲸肉价值的认定，由于鲸鱼搁浅上岸在我国极少发生，[5]鲸尸体又很容易腐烂，鲸骨也不如象牙、虎骨等具有较大利用价值，在现代，已很少制成鲸制品，野生动物保护主管部门（涉及鲸应为国家海洋渔业局）是否已针对鲸或鲸制品制定出相关规定着实令人怀疑。如果野生动物保护主管部门尚未制定出鲸肉价值核定的相关规定，在本案中，将无法认定本案的盗窃金额。而如果无法认定盗窃金额，则最多

[1] 根据新闻报道，搁浅死亡的鲸鱼被割去的肉将近 100 公斤，数量不菲。割去的肉是否均为自己食用，还是有出售牟利的行为尚有疑问。事实上，由于我国不像日本有捕捞鲸鱼和食用鲸鱼肉的惯例，物以稀为贵，这种稀有之物确实可能会卖出一个好价钱，成为一些想猎奇的人餐桌上的菜肴。

[2] 梁慧星：《物权法草案的若干问题》，《中国法学》2007 年第 1 期。

[3] 《刑法》第 264 条和《治安管理处罚法》第 49 条规定的盗窃行为针对的是“公私财物”，鲸能否认定为一种“公私财物”，国家所有的财产是否必然是“公私财物”，这一问题亦可探讨。

[4] 《治安管理处罚法》第 49 条：“盗窃、诈骗、哄抢、抢夺、敲诈勒索或者故意损毁公私财物的，处 5 日以上 10 日以下拘留，可以并处五百元以下罚款；情节较重的，处 10 日以上 15 日以下拘留，可以并处一千元以下罚款。”该条对盗窃行为无金额要求。

[5] 据报道，此次盐城四头鲸鱼搁浅死亡是我国海域第二次鲸鱼大规模搁浅群死。

按照《治安管理处罚法》第49条的规定，对盗窃者处5日以上10日以下拘留，可以并处五百元以下罚款。

三、私割鲸肉在其他国家是否也会受到处罚

其实，类似私自割取死亡鲸肉的事例并非仅在我国发生过。2010年9月2日，美国佛罗里达州德尔雷海滩上一头鲸鱼搁浅死亡，一名清晨在海边捕鱼的老人克里斯·霍根发现死鲸后割下了鲸鱼的鳍和尾巴，共约800镑（约363公斤）肉。霍根被佛罗里达鱼类和野生动物保护委员会发现并逮捕。被捕后霍根向佛罗里达州道歉，他称自己割鲸肉只是为了自己食用，他并不知道割死鲸肉是违法行为。[1]

尽管霍根并不知晓自己行为的违法性，但其行为明确为美国联邦《海洋哺乳动物保护法》（以下简称MMPA）所禁止。根据该法，原则上，任何“取得和输入”海洋哺乳动物及海洋哺乳动物产品的行为都为法律所禁止。[2] 该法第3条将“取得”定义为“骚扰、捕猎、俘获，杀害，或意图骚扰、猎杀、俘获，或杀害任何海洋哺乳动物。” 实施MMPA的行政规章除了上述骚扰、捕猎、俘获、杀害行为外，还进一步将“收集”或“意图收集”海洋动物及其产品的行为也列入“取得”的范围，并且明确规定：对死亡动物尸体或部件的收集也属于“取得”海洋哺乳动物的行为。[3]根据MMPA和上述行政规章，除非符合法律规定的例外情形，任何人取走海洋动物尸体或部分尸体的行为，都是违法的。因此，霍根私割死鲸肉的行为，其行为的违法性在美国十分明确，没有争议。并且，MMPA对违反该法行为的罚则规定得也十分明确，包括民事和刑事两种责任。首先，违反该法的每个违法行为可由相关部长在听证后处以不超过10,000美元的民事罚金，但如有正当理由，部长可以减免处罚。如行为人拒缴罚金，部长可提请检察长向联邦地区法院提起民事诉讼。[4]其次，任何“故意违反”该法或规章的人，可被判处不超过20,000美元的（刑事）罚金，或被处以不超过1年的有期徒刑，或同时判处有期徒刑和罚金。[5] 在霍根一案中，考虑到霍根确与鲸鱼的死亡无关；纯以自己食用为目的，并非故意违法；此前一直依法纳税，无前科；认错态度较好等因素，最后行政机关仅给予了他一份书面警告，但如果霍根将来再犯类似行为，该书面警告将被视为前科。[6]

通过霍根案可以发现，尽管割死鲸肉的行为在中美皆被视为违法，但追究其法律责任的原因和法律基础却截然不同。美国对霍根进行处罚的法律依据是MMPA，收集海洋哺乳动物尸体是在该法关于海洋哺乳动物的具体管理规定和罚则部分明确加以禁止和处罚的，其目的是保护海洋哺乳动物而非保护国家所有权。美国通过禁止一切取得和进口海洋哺乳动物及其制品的行为来达到保护海洋哺乳动物的目的，不仅禁止猎杀等直接侵害行为、交易等间接侵害行为，甚至连“收集”这样貌似无害的行为也一律禁止，大有不为侵害海洋哺乳动物的可能性留下一丝余地之势。其实，

[1] Eliot Kleinberg, ‘Two men could face fines after butchering whale on Delray Beach this morning’, *The Palm Beach Post* (Palm Beach, USA), September 2, 2010.

[2] 除非符合法律规定的例外情形，如为了科学研究、公开展览、为教育或商业目的拍摄、或为提高种群的幸存或恢复等目的，行为人已取得了相关许可。参见 *Marine Mammals Protection Act of 1972*, 16 U.S.C. § 101(a)(1)(2006).

[3] 50 C.F.R. § 18.3 (2009).

[4] *Marine Mammals Protection Act of 1972*, 16 U.S.C. § 105(a) (2006).

[5] *Marine Mammals Protection Act of 1972*, 16 U.S.C. § 105(b) (2006).

[6] Eliot Kleinberg, ‘Delray man who cut up whale on beach given warning by federal wildlife agency’, *The Palm Beach Post* (Palm Beach, USA), February 7 2011.

霍根案发生后在美国也引发了热议，不少网民对于MMPA为何禁止吃死鲸肉表示不解，认为只要不是杀死鲸鱼，与其让其腐烂，吃掉不失为一种好的处理方式。并质疑为何在路上捡走撞死的野生动物不算违法，但割死鲸肉就违法？[1] 行政机关对霍根的处理也迟至事件发生后5个月才做出，显示出行政机关对此事的处理也十分审慎，对霍根最终的轻罚也不排除考虑了民意的因素。而我国警方对私割鲸肉者的控制却在《野生动物保护法》具体管理规定和罚则部分找不到依据，而是依据《野生动物保护法》总则和《物权法》关于野生动物资源国家所有权的规定进行的。从这个角度来看，我国对私割鲸肉者的处罚并非基于对野生动物保护的需要，而是基于保护野生动物国家所有权的需要。尽管对野生动物国家所有权进行保护客观上会达到保护野生动物的目的，但二者的出发点相差甚远。美国国家对野生动物并不具备所有权人的身份，对违反野生动物保护法行为的处罚是国家基于公共利益而产生的公共管理权力。而我国将私割鲸肉者的行为定位为“侵犯国家所有权”，国家在处理违法行为人的过程中就具有双重身份——既是物权的所有权人，又是公共利益的代表者。但公共管理权利和私法上所有权所代表的理念和价值取向毕竟有所不同。以野生动物的国家所有为例，作为野生动物资源《物权法》上的所有者权益代表，政府所谋求的将是所有者权益最大化；而作为社会公共利益的代表，政府则必须着眼于野生动物资源的保护、开发及合理利用，以实现社会利益的最大化。所有者权益与社会公共利益很多时候往往并不一致，甚至存在冲突。因此，是否应根据野生动物《物权法》上的国家所有权，将任何未经国家许可即取得野生动物的行为定性为盗窃值得商榷。

四、如何理解野生动物的国家所有权

(一)野生动物所有权制度的历史沿革

按照传统民法理论，由于野生动物不在“人的控制、支配之下”，因此，属于典型的无主物，不属于任何人所有。野生动物一旦被捕获，被置于人的“控制、支配之下”，才成为捕获者的所有物，才成为“所有权”的客体。因“捕获、控制”野生动物而取得对该被捕获的野生动物的所有权，就是民法上所谓“先占”。[2] 优士丁尼《法学阶梯》即明确规定：“野兽、鸟类、鱼类，换言之，一切出自大地、海洋、天空的动物，一旦被某人捉住，它们立即按万民法成为他的。事实上，先前不为任何人所有的物，根据自然理性，被给予先占者。”[3]罗马法的规定对后世产生了很大影响。西方各国对于野生动物的原始取得，自古多采用先占原则。当代很多国家法律也承认野生动物是无主物，并且可以根据先占取得对野生动物的所有权，除非根据珍稀野生动植物保护法等法律法规，禁止捕获的珍贵稀有动植物以及其他禁止猎捕的动物，不得为先占的标的物。[4]如《德国民法典》第960条规定：“处于野生状态的野兽为无主物。动物园中的野兽，池塘或者其他封闭的私人水域中的鱼类，不是无主物。捕获的野兽又逃回野外的，如果所有人不立即追捕或者放弃追捕时，该野兽复为无主物。驯服的野兽，如失去回到规定其应回的地方的习惯，即为无主物。”[5]《瑞士民法典》第719条中也有相似的规定：“捕获的动物重获自由，所有人未继续搜寻和再捕

[1] 参见美国网民对于霍根被捕新闻的评论，http://www.rationalskepticism.org/news-politics/men-arrested-for-trying-to-eat-dead-whale-t12055.html，最后访问于2012年4月11日。

[2] 梁慧星：同前注9。

[3] 徐国栋：《优士丁尼〈法学阶梯〉评注》，北京大学出版社2005年版，第176页。

[4] 梁慧星：《物权法》（第五版），法律出版社2010年版，第35页。

[5] 陈卫佐译：《德国民法典》（第3版），法律出版社2010年版，第341页。1990年《德国民法典》增加第90a条：“动物不是物。动物受特别法律的保护。” 但对动物而言，“以不另有规定为限，关于物的规定必须准用

获的，为无主物；驯养的动物恢复自然状态并不再归其主人时，为无主物；蜂群虽进入他人土地，仍为有主物。”[1]

我国1954年《宪法》第一次把重要自然资源规定为全民所有即国家所有，从所有权方面确立了全民所有的宪法原则。但是没有单独规定野生动物的所有权。经过历次修改至今，也没有对其作出规定。首次明确野生动物属于国家所有的是1988年通过的《野生动物保护法》第3条，然后是2007年通过的《物权法》第49条。从《物权法》第1条的规定来看，物权法的立法目的是“明确物的归属，发挥物的效用，保护权利人的物权”，物权法的根本任务是解决财产归属和利用问题。《物权法》规定野生动物资源属于国家所有，一方面是明确野生动物资源的归属，给予其所有权人合法的权利，使野生动物得到更好的保护；另一方面是为了促进自然资源的有效利用和流转，充分发挥和实现野生动物的经济价值创造效率。

（二）在《物权法》上规定野生动物国家所有权的弊端

实行野生动物国家所有权制度有其优点：国家所有权为国家从总体上支配、保护、拯救、管理野生动物提供了权力基础，可以改变长期以来人们对野生动物所持的野生无主，谁猎谁有的观念，有效地防止自然人和法人对野生动物的滥捕滥杀，更有效地保护野生动物、阻止生物资源的流失，对生态环境保护产生积极的意义。[2]然而，野生动物国家所有权在《物权法》上的规定无论是法理上还是实践中都存在种种无法回避的弊端。

第一，从法理上看，野生动物国家所有权使保护野生动物成了国家独自的义务。保护野生动物，本属于公法上的义务，它不仅是国家的义务，也是整个社会和每个公民的义务。然而，在《物权法》上将野生动物规定为“属于国家所有”，则按照民法原理，由于权利与义务是对立统一的，不应存在一方只有权利而另一方只尽义务的极不符合公平原则的情形，因此，应由所有人——国家——自己承担全部保护义务。广大人民群众就当然被解除了保护义务。这显然反而与保护野生动物的目的相背。[3]

第二，目前我国的野生动物国家所有权的权利客体不明确。《野生动物保护法》和《物权法》尽管规定了“野生动物资源属于国家所有”，但都未对“野生动物资源”加以定义。尽管有学者经过考证认为，“野生动物资源”就应指“野生动物”。[4] 但从《野生动物保护法》第2条的规定来看，《野生动物保护法》和《物权法》之所以在“野生动物”后加上“资源”二字，并非无意义之举，而是隐含有将国家所有权的客体限定为野生动物中的“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”之意，而将有害动物或无经济、科研价值的动物排除在外。这样国家就无须为有害动物造成的损害承担赔偿责任。然而，若如此理解，则很难解释：为何只有有价值的野生动物才属于国家所有，而有害的或无经济、科研价值的野生动物就不归国家所有？难道设定国家所有权的标准是“有无利益”？只要是有价值的资源都天然为国家所垄断，并可依此排除使用个人和组织的占有、使用、收益和处分？

即使是《野生动物保护法》所保护的野生动物，是否都适宜宣布为国家所有也值得商榷。民

于动物。”即物权法的规范也同样可以适用，只要这些规范不与动物本质和动物的保护相抵触。参见高利红：《动物作为“物”的法律本质》，《华东法律评论》第二卷，法律出版社2003年版，第197-198页。

[1] 殷生根，王燕译：《瑞士民法典》，中国政法大学出版社1999年版，第206页。

[2] 黄忠新等：《建立符合我国国情的野生动物所有权制度》，《吉林林业科技》2008年第1期。

[3] 梁慧星：同前注9。

[4] 梁慧星：同上注。

法上的所有权是民事法律关系主体“支配特定物”，并就物的支配排除他人干涉的权利。[1]人无法对其“不能控制、不能支配”之物行使所有权。而野生动物，顾名思义，意指“处于人力不能控制、不能支配状态”的动物，从而区别于“处于人力控制、支配状态”的“饲养动物”和已被“猎获物”。既然野生动物在被“捕获”之前，不是“特定的物”，无法对其“直接支配”，自然就不应该是“物权”、“所有权”的客体，任何人也不能对“野生动物”享有物权。特别是如天鹅、大雁等候鸟，以及鲸等水生野生动物，均有迁徙习性。候鸟秋冬南飞来中国境内越冬，来年春暖花开时即飞往俄罗斯的西伯利亚；鲸亦会在南极和亚热带海洋间追逐食物迁徙。《野生动物保护法》和《物权法》将包括候鸟在内的一切“野生动物”规定为属于国家所有会引发诸多法律问题。正如梁慧星教授所质疑的：既然候鸟是中国国家所有的财产，候鸟迁徙到俄罗斯境内，这是否属于“国有资产流失”？ 此外，如果俄罗斯对飞入其境的候鸟也主张所有权，那么此时，候鸟的所有权到底归属于哪国？[2]是否候鸟一旦越境，其所有权就自然发生转移？但这显然与民法上所有权人对自己财产有意识的主动处分相差甚远，而是一种不得已的被动接受。

第三，野生动物资源国家所有权虽可以避免先占原则带来的私人投机性利益，却可能导致所有权主体虚位。在国际法上，国家是领土、居民和主权三位一体的结合，是抽象的主权拥有者。在国际法上，国家是“统一”的、“唯一”的。但在国内法上，国家是行使社会管理权的统治机器的总和，国家作为权利主体并不能直接行使各项权能。[3]《物权法》第45条规定，国有财产由国务院代表国家行使所有权。但国家财产如此巨大庞杂，实践中，我国的国家所有权实际上由各级政府或者政府的各个部门来代表国家或者国务院行使。由于中央与地方之间、部门与部门之间的利益差别，这些所有权主体之间常常为他们的财产权利发生争议，有时这些争议还十分尖锐。所以在财产关系上，国家只是一个个具有独立利益的公法法人的集合，并不是一个统一的整体。因此物权法意义上的国家“统一”、“唯一”所有权是不存在的。[4]

目前，我国将野生动物国家所有权分放给地方政府实际行使，地方政府实质上行使了所有权人的权利义务，比如野生动物的保护资金很大部分是地方政府筹措，地方负责野生动物保护和利用的具体管理工作，关于野生动物对人造成侵害的赔偿法律也规定地方政府负责赔偿，但地方政府却没有法律名义上的所有权，这在很大程度上会打击地方或集体保护野生动物的积极性。此外，由于没有具体的某一自然人或法人能从保护野生动物这一共有资源的生存中的得到激励并获得直接的好处，其保护责任没能真正地被调动起来，而偷猎者反而可以不付任何饲养的成本就从中获利，这便导致了野生动物得不到真正的保护。在美国不少持新自由主义经济学倾向的经济学家提出过这样的方案：拯救珍稀动物的唯一方法是建立私有的野生动物保护区，并且规定只有富裕的猎手们付出很高的费用才有可能在保护区内旅行消遣。这样，保护区的私有者即便是出于长期维护很高的收益，也会想尽一切办法使区内的动物种群维护繁荣的局面。[5]

第四，物权法上的所有权是排他性权利，《物权法》上的野生动物国家所有权排除了公众未经许可获取野生动物的权利，也排除了驯养繁殖野生动物者的所有权。物权具有绝对的排他性。确定某人对某物享有某种物权，也就在同时排斥了其他任何人对该物享有同样的物权。[6] 规定野

[1] 孙宪忠：《争议与思考——物权法立法笔记》，中国人民大学出版社2006年版，第8页。

[2] 梁慧星：同前注9。

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

[4] 孙宪忠：同上注。

[5] 张冉：《论野生动物资源所有权归属问题及相应建议》，《青年文学家》，2011年第20期。

[6] 孙宪忠：同前注30。

生动物资源属于国家所有，如果按梁彗星教授的理解，“野生动物资源”就是“野生动物”，则任何人在未取得国家许可之下，对野生动物的取得皆是对国家所有权的侵害。例如春游途中捉了只蚱蜢或蝴蝶都会构成对国有财产的侵犯。即使按照笔者的理解，“野生动物资源”不等于“野生动物”，而仅指《野生动物保护法》所涵盖的野生动物，其范围亦相当可观。《野生动物保护法》保护的野生动物分为两类：一类是珍贵、濒危的动物，包括国家重点保护一级、二级和省级政府重点保护的种类，规定在国家和各省颁布的重点保护野生动物名录中，约有四五百种；另一类是有益的、有重要经济和科学研究价值的野生动物。国家林业局于2000年公布了这类动物的名单，总共有1700多种，涉及目前农村养殖的种类比较多，如貉子、山鸡、雁鸭类、蛙类、蛇类及一些经济昆虫类等百余种，甚至连鳖（即甲鱼）、乌龟、鹌鹑、草兔、刺猬、松鼠、中华蜜蜂等动物均列其中。按照上述名录，并结合《野生动物保护法》和《物权法》的规定，公民在小河中抓到只野生甲鱼与割死鲸肉在法律上没有太大区别，同样构成对国家所有权的侵害，涉嫌盗窃，可以依照《治安管理处罚法》或《刑法》的规定予以处罚。但这显然与实际情况不符。

此外，在我国，驯养繁殖国家重点保护的野生动物是合法的，并且是受到积极鼓励的。但《野生动物保护法》未对“野生”的含义进行界定，人工驯养繁殖的野生动物是否在《野生动物保护法》调整的范围内该法未予明确。按通常理解，“野生”应指生活在野外，非家养的动物。但若因此将人工驯养的大熊猫等珍稀野生动物排除在《野生动物保护法》的范畴，显然不符合立法目的和实践需要。但若将人工驯养的野生动物涵盖在《野生动物保护法》的调整范围内，则养殖场养殖的野生动物如黑熊、梅花鹿等，个人养殖的一些食用鸟类、蛙类等经济价值高的野生动物及其繁衍品所有权都应属于国家，而一物上不可能同时存在两个对立的所有权，因此从事驯养繁殖的个人或组织不能对野生动物拥有所有权。但如这些个人或组织对驯养的野生动物没有所有权，归真堂又是凭什么在活熊身上取胆汁，制成熊胆产品并出售，获取高额利润的呢？现有的野生动物资源的国家所有权理论显然无法对此做出圆满的解释。

综上，笔者认为，之所以会出现以上问题，关键在于在《物权法》上规定野生动物的国家所有权实际上混淆了私法上的所有权与公法上的所有权两种性质、目的、手段都有非常大差别的所有权。公民私割死鲸肉一案中以侵犯国家财产所有权、“盗窃”国有财产名义对割肉者予以处罚是非常不恰当的。

（三）对我国野生动物所有权的思考

由于资源的稀缺性与开发利用矛盾日益尖锐，出于环保、合理利用资源与保护以及可持续发展等目的，在近现代，各国开始对公众利用公共自然资源的行为以禁止、许可、处罚等行政手段予以限制，也有一些国家规定自然资源国家所有，但笔者认为，这种设定在公共自然资源上的“所有权”实际上是一种有别于私法上所有权的公法上所有权。

尽管公权与私权的界分仍为学界存疑的基本问题之一，但依据主流学说，“凡根据公法规定的权利为公权，凡根据私法规定的权利为私权。”[1]另一种学说即“利益说”则认为，凡关涉私人利益者为私权，涉及公共利益者则为公权。[2] 但无论是从创设依据还是涉及利益来看，公共自然资源上的国家所有权都与私法上的所有权明显不同。首先，在权利的创设依据上，公法上的国家所有权均依法律直接规定而取得，无需其他任何法律加以确定或者承认。因此这种所有权性质上应属公权而非私权。其次，水流、森林、山岭、草原等自然资源其权利所涉并非个人利益而系社

[1] [台]郑玉波：《民法总则》，三民书局1979年版，第45页。
[2] 尹田：《国家财产的物权法地位》，《法学杂志》2006年第2期。

会公共利益，其权利具有与一般私权完全不同的目的和性质。此外，这种公法上的所有权与私法上的所有权在权利特征方面也有很多不同：第一，在所有权权能上，所有权有占用、使用、处分、收益四大权能，其中的核心权能是处分权，然而国家不能对自然资源的国家所有权自由转让或放弃。第二，在权利客体上，国家对公共自然资源所有权的客体是整体意义上的自然资源，设定国家对公共自然资源所有权的目的是宣示国家有权为公共利益对这些资源进行公法上的管制，而非宣示国家对这些资源中的特定物，如特定动物的私法上的财产权利。第三，在权利的行使方式上，公共自然资源的国家所有权是通过禁止和许可这些典型的公法手段来实现的。第四，在侵犯所有权的法律责任上，私法上除了公法救济外，通常还赋予所有权人物权请求权（如原物返还、修理、排除妨碍）和债权请求权（损害赔偿），但侵犯公法上所有权的救济方式却不包括请求权这种私法救济方式，而是直接以处罚等公法手段来实现。最后，也是最为关键的，私法上的所有权强调所有权人对物的排他性支配权，但就公法上的国家所有权而言，“公共自然资源名义上虽然归属于国家，但是该制度所保护的，是公众对公共自然资源共同且平等的使用权；它所排斥的，恰恰就是任何人，包括国家在内对公共自然资源的排他性支配权。”[1] 即国家对于宣示为国家所有的公共自然资源也并不拥有独占和排他的权利。可以说，整部《物权法》（私法上）所规定的有关物权的设定、变动以及物权行使的基本规则，几乎均不适用于这种公法上的国家所有权，因此，应当对公法上的国家所有权适用有别于私法规则的公法规则。

笔者认为，英美的公共信托理论为如何规范这种公法上所有权的行使提供了一个较好的思路。按照公共信托理论，政府为了全体人民的利益持有公共信托土地、水和资源，公众则有权为了不同的公共用途和目的而使用它们。由于国家对海岸、流水、野生动物等资源的管制，为保护这些资源的公共用途提供了最有效的方法，公众必须允许国家对这些资源予以管制。但另一方面，国家作为公共福利的受托人，不能像拥有私有财产那样拥有和独占这些资源，对这些资源的处置不能脱离公共福利。[2]国家只能通过立法对公众利用公共自然资源制定必要的限制，并且这种限制应该以保护公共自然资源为目的，合乎比例、考虑到社会公平、民生，以及解决资源环境危机等可持续发展问题。国家不能一概禁止公众对公共自然资源的利用，也不能纯粹以市场方式配置公共自然资源，否则，就会变相侵犯经济能力较弱的公民的固有权利，损害实质公平。国家应综合考虑政治、经济、环境等各方面的因素。对于公共自然资源用于满足公民基本生存需要的那部分，如传统渔民的渔场，应当以无偿使用为原则。对于其他公共自然资源，如果放任公众自由使用容易导致过度拥挤，这时通过行政许可方式对这类自然资源的行为进行控制确有必要，国家在进行许可时，虽可实行有偿许可，但更多应考虑生态环境保护、公共利用等非经济因素。“如果国家追求像私人一样的所有权利益，随意处分公共自然资源，或从中渔利，就会背离公共自然资源所有权的行使目标。”[3]

简言之，笔者认为，设定在公共自然资源上的“国家所有权”不同于私法上的物权，对于国家而言，这种所有权更多的不是一种私法上的财产权利，而是一种公法上的管理义务；不是赋予其私法上的财产，使之通过使用该财产去获利，而是通过赋予其职权（同时也是职责），要求其为了公共利益去管理公共自然资源。因此，应对之适用不同于私法规则的公法规则。国家对宣示为国家所有的公共自然资源并不拥有独占和排他的权利，在法律未明文禁止的情况下，不应以“盗

[1] 邱秋：《中国自然资源国家所有权制度研究》，科学出版社2010年版，第6页。
[2] 肖泽晟：《公物法研究》，法律出版社2009年版，第86页。
[3] 同上注，第211页。

窃”国家财产为由处罚利用公共自然资源者。

五、结语

关于盐城割鲸肉案的处理结果，后经了解得知，尽管办案民警在接受采访时称二人是“盗窃”了鲸肉，但实际上，在抓捕时警方对割肉行为的性质该如何认定并不确定，因此，是以“冲撞警戒线”而非“盗窃国家财产”的理由将涉案渔民带回警局讯问的。抓捕后，盐城警方对于应该如何对割肉者进行处罚也倍感无从下手：一方面觉得私割鲸肉的行为违法，但另一方面却又不知该依什么法律进行处罚。尽管按照《野生动物保护法》和《物权法》的规定，鲸肉属于国家所有的财产，但盐城警方最终认为仅以此对当事人进行处罚法律依据不够充分。因此，最终只对渔民冲破警戒线的行为进行了批评教育，第2天便将其释放，既未追究刑事责任，也未给予行政处罚。尽管“冲撞警戒线”的定性有些出人意表，警方也未对为何不按盗窃对之行政处罚进行解释，恐怕无论是之前的觉得“该抓”和事后的觉得“该放”都是直觉多于分析，感觉多于推理，但警方对割肉者最终不予处罚的实际处理却与笔者的理论推导不谋而合，殊途同归。这或许恰好证明了在《物权法》上规定野生动物国家所有权，将野生动物理解为私法上所有权客体并不合理，在实践中也不具备可操作性。正如笔者文中所言，野生动物资源的国家所有权实际上是一种特殊的公法上所有权而不是一种普通的私法上的财产权利；出于公法目的，国家可以对野生动物资源的利用通过许可、处罚等方式进行管制，对违反相关规定者运用公法手段追究其法律责任，例如，出于保护鲸这类濒危、珍稀野生动物的考虑，国家如果认为不仅需要保护野生动物的活体，也应保护野生动物的尸体，可以设置禁止；不仅可以禁止对活体野生动物的捕猎、伤害；禁止对死亡野生动物尸体或野生动物制品的交易；甚至也可以象美国MMPA法一样禁止对动物尸体的收集和自用。[1] 但上述禁止和许可均应在充分考虑公共利益和保护野生动物资源的基础上经由正当程序设定。如果公法上对收集野生动物尸体自用的行为明确予以了禁止，则对私割鲸肉的行为就可依据法律规定处理。但国家对宣示为国家所有的野生动物资源并不拥有独占和排他的权利，不应绝对排除公众对野生动物资源的使用，当法律未明确禁止收集野生动物尸体自用的行为时，不得依据私法上的所有权，以财产权利受侵犯为由而对私割鲸肉者予以处罚。

[1] 关于野生动物死亡后的尸体应当如何处理，是否有必要以国家立法对利用野生动物尸体自用的行为予以禁止，是另一个值得探讨的学术问题，笔者拟对之另文阐述，本文暂不予以讨论。