

# 自然资源国家所有权三层结构说

王 涌 \*

---

**内容提要：**宪法上规定的自然资源国家所有权不是专属于公法的所有权概念。它包含三层结构：第一层结构是私法权能。在这一层面上，它与物权法上的所有权无异。第二层结构是公法权能。其主要包括国家对于自然资源的立法权、管理权和收益分配权。第三层结构是宪法义务。国家应当为全体人民的利益行使其私法权能和公法权能。公共信托理论是描述国家作为自然资源所有人的宪法义务的法律理论，应当引入中国，或者对中国宪法第9条作公共信托理论式的解释，确立国家与人民在自然资源国家所有权结构中的地位。在中国的现实中，自然资源国家所有权最为薄弱的层面是其宪法义务。“自然资源人民基金”的模式和尝试对中国有借鉴意义。宪法规定的自然资源所有权具有“不完全规范”的特质，直接转化为物权法上的物权存在困难。在目前宪法控制制度尚不健全的情况下，民法解释学可以发挥控制自然资源国家所有权肆意扩张和扭曲的准宪法功能。

**关键词：**自然资源 国家所有权 宪法 私法 公共信托

---

## 一、引言：自然资源国家所有权在宪法中的出现

自然资源国家所有权存在于许多国家的法律制度中，并非中国独有。但在多数国家，它规定在民法典而非宪法之中，法国、比利时、瑞士、泰国、意大利、西班牙、荷兰等都是如此。

20世纪后，许多国家的宪法开始写入自然资源国家所有权。<sup>〔1〕</sup>第一类是从殖民统治中

---

\* 中国政法大学民商经济法学院教授。

〔1〕 Nicholas Haysom, Sean Kane, *Negotiating Natural Resources for Peace: Ownership, Control and Wealth-Sharing*, Centre for Humanitarian Dialogue (HD Center), Geneva, Switzerland, 2009, p. 7.

独立的新兴国家，如巴布亚新几内亚、印度尼西亚、尼日利亚、委内瑞拉。宪法强调自然资源国家所有，是为了宣誓摆脱原先的殖民统治，从跨国公司手中夺回自然资源所有权。第二类是走出内战的国家，和平协议或宪法的起草着重于平息因自然资源分配而引起的内部冲突，如苏丹、伊拉克、阿拉伯联合酋长国等。<sup>〔2〕</sup>

越来越多的国家在宪法中规定国家资源所有权的原因在于：首先，由于科学技术和经济结构的发展以及市场一体化，自然资源的地位日益重要，对自然资源的集中化管制十分必要，<sup>〔3〕</sup>自然资源所有权已经成为宪法性协议中的基本问题。其次，宪法的制定和修改须符合特别程序，将自然资源国家所有权写入宪法，可以阻止其被随意变更。

自然资源国家所有权也具有国际法上的意义，国际法从主权的角度触及这一问题。1962年联合国第17次大会第1803号决议宣称：人民和国家都有权行使对于自然资源的主权。之后，海牙国际法庭在刚果民主共和国诉乌干达一案确认“人民对于自然资源的主权”为国际习惯法。国际法不仅承认国家对于自然资源的主权，而且承认人民对于自然资源的主权，国际法上的“自然资源的人民所有权”概念，是一种更为先进和深刻的理解和发展。<sup>〔4〕</sup>

中国宪法写入自然资源国家所有权，主要是因为社会主义传统。宪法第9条第1款规定：“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有；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。”中国宪法规定的自然资源国家所有权的含义是什么，它是否具有私法上的效力，它与物权法上的所有权概念是什么关系，它应如何适用，已不是一个纯粹学理问题。四川彭州乌木之争案和黑龙江“气候资源国家所有权”立法事件说明，这些问题具有重要的现实意义。本文拟从宪法与民法的关系出发，对自然资源国家所有权概念作一剖析，并对上述问题提出一些分析思路和初步的结论。

## 二、自然资源国家所有权的私法效力

### （一）形式宪法可以规定实质的私法关系

当宪法规定了自然资源国家所有权，它在私法关系上可否适用，是一个新的问题。其实，以往我们也面临类似的问题，如一国宪法中规定的公民的基本权利，可否在私法审判中直接适用？对于这个老问题，回答是否定的。根据西方国家宪法与私法关系的学说，特别是德国的学说，一般认为宪法规定的基本权利的功能在于限制国家权力、抵御国家侵犯，

〔2〕 此外，联邦制国家加拿大在宪法中也写入自然资源所有权，它存在中央政府和州政府在自然资源所有权上的分权问题。但同为联邦制国家的美国，宪法则未规定自然资源国家所有权。对于地下自然资源，多数国家承认归国家所有，但美国例外。早期普通法中有一古老的法谚：Cujus est solum, ejus est usque ad coelum（从地表到地心，均属于地表所有权人）。See William Blackstone, *Commentaries on Laws of England*, book 2, Chicago: Callaghan and Company, 1884, p. 18. 虽然之后普通法关于自然资源所有权问题有新的发展，但在美国，自然资源私有原则没有本质变化。

〔3〕 Jason Scott Johnston, *The Tragedy of Centralization: The Political Economics of American Natural Resource Federalism*, 74 U. Colo. L. Rev. 487 (2003).

〔4〕 Emeka Duruigbo, *Permanent Sovereignty and Peoples' Ownership of Natural Resources in International Law*, 38 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 33, 33 (2006).

而非规范私人之关系，因此不能在私法关系中直接适用，只能通过民法基本原则的解释途径，实现基本权利在私法关系中的间接适用。

上述问题背后的法理十分简单，这就是法律关系的结构理论。宪法上的基本权利是公民对抗国家的权利，自然不能对抗私人。依此推理，作为公法规范，宪法中规定的自然资源国家所有权似乎不具有私法上的效力。

需要指出的是，中国宪法并没有承继西方国家的宪法传统，它具有独特性，所以类似问题在中国宪法语境中又增加了一丝复杂性，需要厘清。

在讨论宪法与私法关系时，首先必须强调的是，宪法与宪法关系是两个不同的概念。宪法一般是指冠以“宪法”名称的法律文件，即形式宪法。而这样的冠以“宪法”名称的法律文件其内容则往往是不“纯”的。它主要规定公法关系，即国家机关与国家机关以及国家与公民之间的关系。但是，有时它也“越俎代庖”地直接规定一些私法关系。这种做法大约是从1919年德国的魏玛宪法开始的。

魏玛宪法第118条规定：“所有德意志人民在普通法律限制之范围内，均有以语言、文字、刊物、图画或其他方法自由表达其意见之权利；任何工作条件及任用条件，均不能妨害此项权利，任何人皆不得阻碍此项权利之行使。”第159条规定：“任何人及任何职业以维持且促进劳动条件及经济条件为目的之结社自由，应保障之。限制或妨碍此项自由之约定及措施，均属违法。”这两项规定禁止私人之间的契约对于公民的言论自由与结社自由进行限制，无疑是一种私法关系。

关于宪法特别是形式宪法到底应规定什么，奥地利学者凯尔森的观点十分开放。他说：“如果存在一个宪法性法律的特殊形式，那么，不管什么内容都可能在这一形式下出现。事实上，由于某种理由而被认为特别重要的主题，就往往由宪法代替普通法律加以调整。美国宪法现在已被废除的第18条修正案，即禁酒令修正案，就是一个例子。”〔5〕凯尔森的观点是有道理的。再如宪法中规定公司法条款的例子。19世纪中期，美国各州在宪法中就直接规定公司法的问题，如禁止公司从事目的条款外的活动，赋予公司与自然人同样的诉权，规定公司董事选举的累积投票制。〔6〕

在我国宪法中，这种现象更为普遍，因为我国宪法并未按西方宪法的传统创制。我国宪法与其他部门法不同，在于“它调整国家生活中的基本问题，而其他法只分别调整国家生活中某一方面的问题”。〔7〕实质性的私法关系并未排除在中国宪法的调整范围之外，只要重要，它就可能入宪。实际上，中国宪法中的诸多条款也直接规定了公民与公民之间的关系。〔8〕也就是说，中国宪法不仅调整国家与公民之间的关系，也调整公民与公民之间的关系。它所规定的公民的基本权利并不仅仅用于对抗国家的侵害，同时也对抗私人的侵害，是公权和私权的混合。所以，中国宪法是私法的渊源。其实，这也是中国民法学者的普遍

〔5〕〔奥〕凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第143页。凯尔森的观点比较极端。他认为宪法与普通法律的区别在于宪法性法律的创造（制定、修改、废除）要比普通法律更为困难。

〔6〕Harry G. Henn, John R. Alexander, *Laws of Corporations and Other Business Enterprises*, West Publishing Co., 1983, p. 42.

〔7〕《张友渔文选》下卷，法律出版社1997年版，第351页以下。

〔8〕宪法第36条和第40条均明确强调个人不得侵犯公民的宗教信仰自由与通信自由和秘密权，可见这两种基本权利同样对抗个人，直接规范私法关系，具有私权的性质。

观点。例如，佟柔先生主编的《民法原理》在列举中国民法的渊源时就将宪法列为第一渊源。<sup>[9]</sup> 在中国的民事审判中，直接援引宪法条款并无不当，相关案例并不鲜见。

在形式宪法中规定实质性的私法关系，是一种独特的现象。与此相对应，还存在另一种独特的现象，即在民法中规定实质性的宪法关系。例如法国民法典第545条规定了国家征收的问题，意大利民法典和中国物权法也规定了征收的问题。这其实是宪法关系，却规定于民法中。

由此可见，无论自然资源国家所有权作为私权规定于宪法中，还是作为公权规定于民法中，都是正常的现象。需要进一步研究的是，中国宪法规定的自然资源所有权是否具有私权的性质？

## （二）宪法（公法）所有权与私法所有权区分之偏误

许多学者试图否认宪法规定的自然资源国家所有权在私法上的效力。他们依赖的逻辑主要在两方面，一是宪法的公法本质。对此，笔者在上文已经充分批评了。另一方面，他们主张在公法层面和私法层面上，所有权概念的含义是不同的，提出了公法所有权与私法所有权的划分，或宪法所有权与私法所有权的划分。这一新颖的划分在中国的学术话语中已经流行，<sup>[10]</sup> 但需要反思与推敲。

我们先从一个小问题开始探讨，例如隐私权，是否存在私法上的隐私权和公法上的隐私权之区分？回答是肯定的，因为两者明显不同，私法上的隐私权仅对抗私人，公法上的隐私权则对抗国家。

再如私人所有权，也存在私法效力和公法效力两个层面，前者对抗私人，后者对抗国家。私人财产所有权如为私人侵害，则适用民法上的物上请求权和侵权法规则保护，但如为国家侵害，如违法征收和征用，则依宪法或行政法救济渠道。例如德国基本法第14条所规定的所有权，就是基本法所保障的私人的所有权。<sup>[11]</sup> 由于上述差异的存在，法学家提炼的“宪法性财产（Constitutional Property）”的概念已被广泛认可。<sup>[12]</sup> 特别是在美国，由于公民在宪法上的基本权利和公民在私法上的财产权都使用同一个名词“Property”，所以，区分两种财产权就更为重要。

中国宪法学者也意识到这一问题，开始区分宪法上的财产权和私法上的财产权。“宪法上的财产权乃属于一种基本权利，与宪法上的其他权利一样，均是公民针对国家而享有的一种权利，即公民所享有的、为国家权力所不能不当侵害的一种权利，直接地反映了公民与国家权力之间在宪法秩序中的关系；而民法上的财产权则主要属于公民对抗公民或私人对抗私人的一种权利，由此形成了作为平等主体的私人之间的财产关系。由此可知，宪法

[9] 参见佟柔主编：《民法原理》，法律出版社1986年版，第22页。但是，《民法原理》之后也有一些民法教科书，如梁慧星的《民法总论》（法律出版社1995年版，第19页）等则没有将宪法列入我国民法的渊源之中。

[10] 参见邱秋：《完善我国的自然资源国家所有权制度》，载王树义主编：《环境法前沿问题研究》，科学出版社2012年版，第93页。更多的学者使用“公法上的所有权”和“私法上的所有权”的表述。

[11] 由于德国宪法将财产视为人格自由和人格发展的基础，而不仅仅是商品（这也是康德、黑格尔哲学传统中的重要理念），所以，所有权在德国基本法第14条中得到的宪法保护相比于美国宪法要更为充分。See Gregory S. Alexander, *Property as a Fundamental Constitutional Right? The German Example*, 88 Cornell L. Rev. 733 (2002 - 2003).

[12] Gregory S. Alexander, *Global Debate on the Constitutional Property, the Lesson from American Taking Jurisprudence*, Chicago: The University of Chicago Press, 2006.

上的财产权与民法上的财产权的区别，既不在于财产权的客体，也不在于财产权的主体，而在于反映在同一客体上的不同主体之间的关系。”〔13〕

应该说，这一论断是正确的。但是，基于这一论断衍生出来的诸多观点和学说却出现了偏误。不同学科包括民法、环境法、宪法，都有学者参与了所谓“宪法所有权”的论证。典型观点是：“所有权应当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直接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个体。”〔14〕如此划分，显然宪法规定的所有权在私法上不能直接适用。

其实，一言蔽之，所谓“宪法所有权”的真实含义，就是私法上的私人财产权也受到了宪法保护而已，并未产生一个独立的所有权。如果它只是对抗国家，在权利形式上是一种对人权，不是对世权，如何可以称为“所有权”，又如何称为“宪法所有权”？所谓“宪法所有权和私法所有权”的划分，是基于私人所有权在宪法和私法上的不同效力的划分。

所以，整个偏误产生的过程就像一个寓言：私人所有权是一个孩子，受其生父——私法的保护，后来，认了一个教父——宪法，亦受其保护。在这个故事中增加了什么？其实，只是增加了一个教父。旁观者却说：增加了一个孩子，现在是两个孩子了。一个是宪法的儿子——宪法所有权，一个是私法的儿子——私法所有权。但是，偏误并未就此终结。有学者以宪法所有权和私法所有权的区分为据，开始否定宪法上规定的自然资源国家所有权在私法上的效力。

应当承认，由于公法的渗透，所有权的面貌呈现出复杂性。意大利学者奥利维耶罗·迪利贝托认为：“全面理解当代所有权的制度体系的困难来自多个方面，困难之一是20世纪之后才出现的，即如何正确看待民法典中的所有权和各国陆续通过的宪法所规定的所有权二者之间的关系。这就启发我们不能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。”〔15〕但是，所有权如何多元化？笔者认为，虽然公法的影响很大，但是所有权依然具有形式上的统一性，所谓所有权之公法和私法的绝对二元化并不成立。

### （三）所有权概念的形式统一性

分析法学家认为，无论是在公法还是私法，无论是大陆法系还是英美法系，在概念的核心意义上，存在统一的所有权结构，而对这些共同因素的分析是分析法学的一项重要工作。目前，关于所有权概念的分析理论有三种，一是法律关系结构理论，二是权能理论，三是功能理论。

美国法学家霍菲尔德发现了法律关系的元形式以及最基本的法律概念。在他的眼中，所有权是对抗世界上所有的人的 claim、power、privilege、immunity 的集合，是一组对世性的

〔13〕 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。

〔14〕 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。但所谓资格说脱离宪法文本。如果宪法明确规定国家或公民在特定客体上享有所有权，就不能说这只是获取所有权的资格，其所获取的就是所有权本身。如果不顾宪法文本的文义，以所谓的宪法理论坚持资格说，无异于削足适履。

〔15〕 [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 [意] S. 斯奇巴尼、朱勇主编：《罗马法、中国法与民法法典化（文选）》，中国政法大学出版社2011年版。

权利束，每个类型的权利都有相关联的义务主体。他分解了所有权，并静态地、细致地展现了所有权的法律关系结构。<sup>[16]</sup>

所谓权能理论，是从权利的内容寻找所有权的本质。权能理论的传统版是源自罗马法的所有权权能理论，而现代版则是英国牛津大学奥诺里（Honoré）教授的所有权标准要素分析方法。奥诺里教授采用维特根斯坦式的阐释方式，提炼所有权的标准要素（standard incidents），<sup>[17]</sup>列出了所有权的十一项标准权能：占有权、使用权、管理权、收益权、处分权等等。如果一种财产权包含这些标准要素，那么，它就是一种丰满的所有权（a liberal ownership）。

所谓功能理论，则是从所有权概念在法律推理中承担的功能出发，寻找所有权概念的本质。在可查的关于所有权概念分析的法学文献中，最具创见的当数英国法官麦克白（Markby）的《法律的要素》一书。<sup>[18]</sup>在这部书中，麦克白创建了所有权的剩余权理论。他认为不应当定义所有权概念，而应当定义所有者。他认为，所有者只是某物的最终的剩余权人（the ultimate residuary）。不管从某物上分离出多少权利，也不管剩余的权利是多么少、多么无意义，这些剩余权的拥有者就是所有者，而所有者的权利就是所有权。所以，所有权指向的是一种权利推理规则。<sup>[19]</sup>

上述理论适用于对一切所有权类型的分析。对于自然资源国家所有权，我们可以从价值层面评价它的合理性，但是，不能依此认为宪法上规定的国家所有权就完全不同于民法上的所有权。其实，在国家与私人的关系上，自然资源国家所有权在宪法上呈现出来的法律关系结构与在民法上呈现出来的法律关系结构是一致的。

首先，不能否认，国家是可以享有所有权的。正如凯尔森所说：“在所有现代法律秩序中，国家和任何其他法人一样，可以具有对物（in rem）权和对人（in personam）权，具有私法所规定的任何权利和义务。”<sup>[20]</sup>国家既是一个政治概念，也是一个法主体的概念。虽然国家作为一个抽象的实体不应有自身独立的特殊利益，但是，无论在公法还是私法上，国家是一个法人。<sup>[21]</sup>其次，无论在宪法上还是在私法上，与国家所有权相关联的义务主体是相同的。凯尔森说：“在一个国内法律秩序内，必须被认为是国家的人格者只有一个，因此，如果法律关系中一个主体是国家，另一主体就不会是国家，另一主体一定是私人。”<sup>[22]</sup>宪法规定的自然资源国家所有权，是规定国家作为所有者与其他任何私人之间的关系。而民法上的所有权，也是规定所有者与其他任何私人之间的关系，两者结构完全相同。

另外，从霍菲尔特的权利形式上看，宪法规定的自然资源国家所有权包含的权利形式

[16] Wesley Newcomb Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, edited by Walter Wheeler Cook with a new foreword by Arthur L. Corbin, Yale University Press, 2000.

[17] A. M. Honoré, 'Ownership', in *Making Laws Bind*, Oxford: Clarendon Press, 1987, pp. 165 - 179.

[18] See William Markby, *Elements of Law-Considered with Reference to Principles of General Jurisprudence*, Oxford: The Clarendon Press, 1871, pp. 159 - 164.

[19] 参见王涌：《所有权概念分析》，《中外法学》2000年第5期。

[20] 前引〔5〕，凯尔森书，第227页。

[21] 参见〔德〕齐佩利乌斯：《德国国家学》，赵宏译，法律出版社2011年版，第13节“国家作为法人”。当然，在中国法律中，国家作为一个抽象实体，是否是法人成为一个问题。但是，法律规定国有财产由国务院代表国家行使所有权，国家作为法律主体享有所有权不成问题。

[22] 前引〔5〕，凯尔森书，第227页。

与民法上的所有权是一样的,即作为自然资源所有者,国家有权利(claim)要求他人不侵占自然资源,国家有权力(power)处分自然资源,国家有自由(privilege)使用自然资源,他人处分自然资源的行为对于国家无效(immunity)。从国家所有权权能的角度看,国家对于自然资源应当享有占有、使用、收益、处分之权能,符合奥诺里的权能说。国家可以将权能分离出去,甚至出让于私人,而剩余权归属国家,因而也符合剩余权说。

有学者认为,国家是公法人,也是私法人。在宪法上规定的国家所有权中,国家是公法人,而在民法上规定的国家所有权中,国家是私法人,所以,两者仍然不同。更为关键的是,公法人和私法人主体性质的不同会影响到权能内容的不同,从而构成不同的所有权,即公法所有权和私法所有权。这是二元论者的一个有力主张。<sup>[23]</sup>

但是,依上文所述,在宪法中规定私法关系是一个普遍的现象。当宪法规定自然资源国家所有权时,我们依据什么确定其中的国家只是公法人?再者,当宪法明确使用所有权概念时,由于所有权本身是源于民法的概念,<sup>[24]</sup>且在实证法上没有关于公法所有权的定义,我们又依据什么确定此所有权不包含私法上的所有权的内容?其实,所有权概念的使用必然使国家所有权涵盖私法所有权,否则,如果该所有权仅具有公法上的权能,如立法权、管理权等,还需要使用所有权的概念描述这些公法权能的集合吗?此所有权还是一般意义上的所有权吗?它就不可能符合上述关于所有权本质结构的三种理论,也超越了解释学的一般规则与底线。

综上所述,一个基本的结论是,宪法上的自然资源国家所有权的的规定本身即包含私法上所有权的内容,它可以直接在私法关系中适用,直接产生私法效力。

#### (四) 公产模式无法取代国家所有权

有学者认为,对宪法上规定的自然资源国家所有权,除私法上的所有权外,可以有另一种解释,这就是公共财产说。<sup>[25]</sup>这就产生了一个新问题,公共财产是一种新型的所有权或财产权类型吗?

公共财产的理论来自于德国公法学家奥托·迈耶(Otto Mayer)的公物说。他试图以法国法上的“公物”概念来发展他的理论,但并不成功。目前,德国公法依然坚持使用私法上的私人所有权的逻辑结构,<sup>[26]</sup>再辅以公法上“专用”(dedication)形成所谓公法上的所有权的模式,<sup>[27]</sup>因为为公共利益服务的国有财产的概念与结构更为成功。当然,在某些特

[23] 有学者认为:“在物权法上,国家作为公权(国家所有权)的主体而存在。”参见尹田:《民法调整对象的理论检讨与立法表述》,载易继明主编:《私法》第8辑第2卷,华中科技大学出版社2010年版,第30页。

[24] 国际法上国家的领土和领海的概念也是模仿私法上“所有权”概念的形式建构起来的。See Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4<sup>th</sup> ed., Clarendon Press, 1990, p. 128.

[25] 参见肖泽晟:《社会公共财产与国家私产的分野——对我国“自然资源国有”的一种解释》,《浙江学刊》2007年第6期。

[26] Hanno Kube, *Private Property in Natural Resources and the Public Weal in German Law-Latent Similarities to the Public Trust Doctrine?*, 37 *Natural Resources Journal* 857 (1997). 德国早期用Regalien(国王特权)来规范自然资源的财产权。虽然罗马法在德国兴起,出现了绝对所有权的理念,但是在自然资源问题上,德国仍然保留了原来日耳曼法上的基本概念Regalien。1794年普鲁士基本法典规定:道路、航道、海滩、港口是国家的公共财产。但在19世纪末,自然资源也使用了私人所有权。之后,对自然资源私人所有权的限制很快建立起来。在宪法层面,主要反映在1919年魏玛宪法第153条,强调个人所有权的社会主义义务,后来写入德国基本法第14条第2款,作为财产法的宪法原则。

[27] Michael Stolleis, *Public Law in Germany: 1800 - 1914*, Berghahn Books, 2001, p. 399.

定的领域，公共所有权的概念被德国立法接受。例如1988年巴登-符腾堡州巴登水法典第4条（关于水床的立法），1964年汉堡州的堤坝规制法第2条第1、3款。<sup>[28]</sup>

此外，公共财产近似于英国财产法上“完全开放的公共财产”（open access communal property）的概念：每一个成员都有权利占有使用资源，而不被排除在外。另一个近似概念是“限制开放的公共财产”（limited access communal property）。英国法学家认为，公共财产（communal property）与国有财产（state property）的区别在于：对于某种财产，如果只有通过改变立法的方式才能排除人们使用，这就是公共财产，例如高速公路；如果国家不需要改变立法即可限制或排除人们使用，这就是国家财产，例如国家图书馆的图书。<sup>[29]</sup>

从英国法学家对公共财产和国家财产的分析看，所谓公共财产不过是国家开放或让渡国有财产所有权中的占有权和使用权，国家保留对财产的剩余权的一种结构，它依然是所有权。虽然在自然资源的管理上，国家确实需要通过立法来排斥和限制他人使用，如海域使用权等，但这还不足以否定国家在公共财产上存在所有权，还不足以证明所谓公共财产是一种超越所有权的新型财产权结构。公共财产与国家国库所有权的差别仅在于前者的公法规制和负担更重而已，但未彻底改变国家保有最终支配权和剩余权的所有人的形式地位。这一点也可以从牛津大学著名财产法学者哈里斯教授的理论中得到印证。他在《财产与正义》一书中，专设一章分析“非私有财产”（Non-private Property）的类型，并将所谓公共财产分为两类。一类是如阳光、空气等资源，由于每个人都有绝对的自由（privilege）去使用它们（普芬道夫以“original common property”一词描述之），它们不构成法律上的财产，更谈不上所有权问题。另一类是公园、高速公路、机场等，它们也向公众开放使用，但其上存在所有权。由于使用目的受到限制，它们之上存在的是一种准所有权（quasi-ownership），但形式上还是所有权。可见，可以构成“法律上的财产”的公共物，由国家管理，最终还是以国家所有权的形式建构的。<sup>[30]</sup>

### 三、自然资源国家所有权中的公法权能与宪法义务

#### （一）宪法上规定的自然资源国家所有权内容的丰富性：公法权能与宪法义务

笔者否认宪法所有权和私法所有权的划分，或者公法所有权和私法所有权的划分，但并不否认在自然资源国家所有权中同时包含私法权能和公法权能。

宪法上规定的自然资源国家所有权包含民法上所有权的内涵，但却是一个比民法上所有权更为广阔的概念。它所包含的权能比民法上所有权的权能更为丰富，它所包含的义务也比民法上所有权的义务更为重要。主要表现在两个方面：

第一，除民法上所有权的普通权能，如占有、使用、收益和处分外，国家所有权还包括国家在立法、行政、司法方面的权能，即有权对自然资源进行立法、行政管制、利益分

[28] 德国联邦宪法法院确认了这种在特定情形下的财产权的形式。见判例 BVerfGE 24, 367 (382)。

[29] Alison Clarke and Paul Kohler, *Property Law: Commentary and Materials*, Cambridge University Press, 2005, pp. 36 - 38.

[30] See J. W. Harris, *Property and Justice*, Oxford: Clarendon Press, 1996, pp. 100 - 118.

配等。<sup>[31]</sup> 这些权能本质上是国家所有权中的公法权能，是自然资源国家所有权的第二层结构。

公法权能本质上是权力关系，与以对等性为特征的私法权能性质不同。<sup>[32]</sup> 权能实现对于客体的要求也不相同。私权权能如占有、使用、收益和处分，要求客体具有确定性，而公法权能的实施对客体的确定性要求较低，通常只需要观念上的确定性即可。公法权能与私法权能的不同在于，它通常不是对于物的直接支配，而是与物有关的权力行使，特别是立法权的行使和抽象行政行为的实施，而具体行政行为的实施通常又是直接针对人而非物。这是私法权能和公法权能在形式上比较显著的差异，值得深入研究。

第二，除民法加于所有权的一般负担和义务外，宪法上的国家所有权还承担宪法规定的或包含的国家作为自然资源所有人应当承担的宪法义务。确立自然资源国家所有权的各国宪法对于自然资源国家所有权的表述不尽相同。大多数国家的宪法规定的权利主体是人民，而不是国家，并且没有直接使用“所有权”概念，而是使用“属于”、“控制”等词。

印度尼西亚宪法第 33.2 条规定：土地、水和自然资源应当在国家的权力控制之下，应当为人民的最大福利而使用。

巴布亚新几内亚宪法第 2.2 条规定：巴布亚新几内亚的主权及于其领地，以及领地中的自然资源。

尼日利亚宪法第 44 条规定：地中、地上或地下的，以及水中、水上或水下的，和专属经济区的所有的矿藏、石油和天然气的全部财产和控制权属于联邦政府。

伊拉克宪法第 111 条规定：石油和天然气系伊拉克全民所有。

俄罗斯宪法第 9.1 条规定：土地和其他自然资源应当用于生活于各自领域的人民的生活和活动，并为联邦保护。土地和其他自然资源可以是私人所有权、国家所有权、城市所有权以及其他类型的所有权。

苏丹综合的和平协商与财富共享协议第 2.1 条规定：关于土地和地下的自然资源的所有权，对于协议各方不存歧视，但本协议不规定自然资源的所有权问题。

阿拉伯联合酋长国宪法第 23 条规定：各酋长部落内的自然资源应被视为公共财产。

委内瑞拉宪法第 12 条规定：存在于国家领土和领海之下的以及专属经济区和大陆架的矿藏属于共和国，是公共物品，因此不可转让和不可侵犯。

秘鲁宪法第 66 条规定：“自然资源，无论可再生的和不可再生的，都是国家的财产 (patrimony)。<sup>[33]</sup> 秘鲁宪法没有使用所有权 (ownership) 的概念，而使用 patrimony 一词，引发学者们长期争论。<sup>[34]</sup> 秘鲁宪法法院对宪法第 66 条自然资源国家所有权的解释是：“自然

[31] 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。如果宪法在第 9 条规定自然资源国家所有权后，继续规定自然资源国家所有权由国务院代表国家行使，就可能会将自然资源国家所有权主要限制在私法权能上，因为公法权能中的立法权、司法权因代表机关的性质而被限制了。可见，物权法规定“国有财产由国务院代表国家行使所有权”，还是强调国家所有权的私权性质。这一点也值得思考。

[32] [韩] 金东熙：《行政法》(1)，赵峰译，中国人民大学出版社 2008 年版，第 82 页。

[33] Patrick Wieland, *Going beyond Panaceas: Escaping Mining Conflicts in Resource-rich Countries through Middle-ground Policies*, 20 N. Y. U. Env't'l L. J. 199 (2013).

[34] José Antonio Honda, *Energy Law in Peru*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, p. 110.

资源属于秘鲁的各代人民，自然资源开采的收益应当属于全体国民。”<sup>[35]</sup>

在各国宪法的表述中，出现最多的词汇就是“人民”和“公共”，这表明国家作为自然资源所有权人，不具有自身的利益，而是为全体人民的利益（甚至包括后代的利益）行使自然资源所有权。这是国家在自然资源所有权上的宪法义务，构成了自然资源国家所有权的第三层结构，也是国家所有权最为核心和重要的内容，说明所谓国家所有权本质上是信托结构中的受托人所有权。

中国宪法第9条也为自然资源国家所有权设置了诸多的义务，重要的表述有四点：全民所有，国家保障自然资源的合理使用，保护珍贵的动物和植物，禁止任何组织和个人侵占自然资源。这就是中国宪法规定的作为自然资源所有权人的国家的宪法义务。

## （二）自然资源国家所有权的正当性与公共信托理论

在历史上，自然资源国家所有权有诸多正当性的基础，例如君主制度、国家主权以及防止破坏性开采等。目前，国家所有权的正当性主要在于：国家是为全体公民的利益而管理自然资源，也即上文提到的国家在自然资源所有权上的宪法义务。该义务在各国宪法上都有不同形式的规定，其中美国的公共信托理论影响最大。

美国的公共信托理论是用于描述作为自然资源所有人的国家的宪法义务的最为形象、最为恰当的一种法律理论和修辞。<sup>[36]</sup>公共信托理论可追溯到罗马法。<sup>[37]</sup>该理论认为，一些特定自然资源天生就是公共的，不可让渡。由于它们对于公共福祉的重要性，不可能授予私人享有其所有权。政府作为自然资源的所有人，是作为受托人，为全体公众管理、保护自然资源。这一理论由美国最高法院在1892年 *Illinois Central Railroad Company v. Illinois* 一案<sup>[38]</sup>中确立（此案是关于芝加哥城东密歇根湖的河床的所有权问题）。之后，萨克斯教授将之用于捍卫环境保护。<sup>[39]</sup>萨克斯教授认为上述案例是美国公共信托理论的北斗星，主张将公共信托理论扩展至更为广阔的领域。德国学者认为，美国的公共信托理论与德国宪法关于公共利益的理论具有潜在的相似性。<sup>[40]</sup>公共信托理论已经被印度等国的最高法院接受，融入其本国的宪法理论并用于裁决涉及自然资源的案件。

印度最高法院在 *M. C. Mehta v. Kamak Nath* 一案<sup>[41]</sup>中接受了美国公共信托理论，之后又将公共信托理论用于一系列判例中。2009年法官在裁决 *Fomento Resorts & Hotels & Anr. v. Minguel Martins & Ors.* 一案<sup>[42]</sup>时，还直接引用萨克斯教授的论文发表了法律意见。2012年2月，印度最高法院裁决撤销了2008年A. Raja担任通信与信息技术部联合部长时颁发的122个电信牌照，指出电信牌照的颁发未采用公开拍卖的方式。大法官G. S. Singvi和A. K.

[35] 前引 [33]，Patrick Wieland 文。

[36] Joseph D. Kearney and Thomas W. Merrill, *Source, The Origins of the American Public Trust Doctrine: What Really Happened in Illinois Central*, 71 U. Chic. L. Rev. 799-931 (2004).

[37] [古罗马]查士丁尼：《国法大全》第2册，第1节第1点。

[38] 146 U. S. 387 (1892).

[39] Joseph L. Sax, *The Public Trust Doctrine in Natural Resources Law: Effective Judicial Intervention*, 68 Mich. L. Rev. 471 (1970).

[40] 前引 [26]，Hanno Kube 文，第857页。

[41] (1997) 1 SCC 388.

[42] (2009) 3 SCC 571.

Ganguly 认为采用“先来先得”的方式将这些牌照发给 9 个主要的公司是专断的和违宪的。<sup>[43]</sup> 法院适用公共信托理论和印度宪法第 14 条, 认为在自然资源的分配中应当避免随意的方式, 公开、公平、公正的拍卖是分配和出让自然资源最好的方式。2012 年 4 月, 印度最高法院接到总统的问询函: 该裁决是否意味着所有的自然资源都必须采用拍卖的形式。法院的回答是, 虽然拍卖不是政府在出让自然资源时必须遵守的一项宪法要求, 但是如果该出让的目的是收益最大化, 不采取竞价性的出让方式就是随意的、违宪的。<sup>[44]</sup>

在国际人权法上, 也采用信托的理论解释国家与人民的关系。<sup>[45]</sup> 国际法承认人民对于自然资源享有主权, 而非仅仅是国家享有主权。人民是委托人, 政府是受托人。人民将自然资源委托给政府管理, 政府与他的公民之间构成了信托法上的信义关系。

将人民建构成为一个国际法上的主体是十分激进的。虽然在理论上并未找到合适的方法定义人民,<sup>[46]</sup> 但是政治家和学者按美国阿拉斯加永久基金的模式为伊拉克、尼日利亚等资源丰富但人民困苦的国家设计了一系列基金, 以体现人民对于自然资源的所有权。

伊拉克人民基金的模式是: 将出售伊拉克自然资源获得的资金存于一项专门基金, 该基金让全体伊拉克人民平等受益。该基金只投资世界证券市场的指数证券, 接受联合国的监督。投资指数证券可以减少投资决策的成本。伊拉克人民基金份额可交易, 且可在世界证券交易所挂牌。伊拉克公民可回赎份额, 取回属于自己的金额。<sup>[47]</sup> 尼日利亚人民基金是在阿拉斯加永久基金基础上的完善版, 以出售资源的资金建立尼日利亚人民基金, 为尼日利亚人提供资本, 促进创业。此外还有挪威的特别石油基金。

在我国, 国家所有权本质也是全民所有, 上述信托理论值得我国借鉴。我国在自然资源管理和分配中存在很多问题, 主要集中于国企对于自然资源的垄断, 利润上缴比例小, 收益不透明, 全民从国企对于自然资源的垄断中获益甚少。这是国家在行使自然资源所有权过程中没有尽到宪法义务的表现。所以, 国家作为自然资源所有权人, 可以学习“人民基金”的做法, 将国家在自然资源上的收益注入社保基金, 让人民普遍受益。要尽快制定国有企业支付国有资源使用租金和利润分红的法律法规, 逐步把国企的资源使用租金<sup>[48]</sup>和利润分红纳入全口径财政预算收入体系, 纳入预算法的范畴, 明确收租分红比例, 为公共服务提供财力保障。<sup>[49]</sup>

#### 四、自然资源国家所有权的民法解释及其功能

鉴于自然资源国家所有权在中国的现实问题, 又由于宪法对于国家权力的行使缺乏有

[43] See Centre for Public Interest Litigation and Others v. Union of India, (2012) 3 SCC 117.

[44] Apex Court View on Presidential Reference Today, in *The Indian Express*, Sep. 27, 2012.

[45] 前引 [4], Emeka Duruigbo 文。

[46] Richard N. Kiwanuka, *The Meaning of "People" in the African Charter on Human and Peoples' Rights*, 82 Am. J. Int'l L. 80, 95 (1988).

[47] *Saddam Oil Contracts and What Can Be Done*, 2 DePaul Bus. & Com. L. J. 559, 584-586 (2004).

[48] 参见张曙光:《试析国有企业改革中的资源要素租金问题——兼论重建“全民所有制”》,《南方经济》2010年第1期。

[49] 参见迟福林主编:《改革红利——十八后转型与改革的五大趋势》,中国经济出版社2013年版,第71页。

效的约束，民法对自然资源国家所有权的解释可在一定程度上遏制国家所有权的扩张。但需要强调的是，民法解释学的这一功能并不表明民法具有抵御国家对市民社会的入侵的功能，因为民法的功能不在于在市民社会与政治国家之间划一道自由与权力的界限。民法典只建构市民社会内部的结构和秩序，并不能决定市民社会内个人的自由域度。政治国家与市民社会之间界限的划分是宪法的功能。如果说市民社会是一片草坪，那么，草坪四周的栅栏是由宪法确立的，它保障政治国家权力之下的市民社会的空间。

目前，中国的自然资源国家所有权的问题是国家权力的不正当扩张，甚至出现与民争利的现象。而在中国目前的法律制度下，由于缺乏违宪审查等公法制度，国家的宪法义务无法置于公共信托理论下进行审查。所以，在普通民事案件中，如乌木案，法官应当采取限缩的方法解释自然资源这一概念。

在宪法意义上的一个完全规范，在民法意义上可能是一个不完全规范，因为两种规范对于客体的确定性程度要求不同。国家所有权作为一个法律规范，所调整人的行为由以下几个要素构成：属事要素、属人要素、属物要素。自然资源国家所有权可能欠缺属物要素，<sup>[50]</sup>因为自然资源是个抽象概念，不具有确定性，需要解释。物权法第49条规定：“法律规定属于国家所有的野生动植物资源，属于国家所有。”如果宪法规定的自然资源国家所有权中的自然资源明确涵盖野生动植物，就不需要物权法再作如此规定了。这说明，立法者也不认为宪法规定的自然资源国家所有权是一个完全规范。

补充不完全规范，可以通过立法对自然资源进行界定，也可以通过民法解释。进行民法解释时，应当进行价值判断，使解释的结果趋向良性。例如，对于本质上是公共物的光、太阳能、空气等，不应纳入所有权规范中。如法国民法典第714条规定，“不属于任何人的物件，其使用权属于大众。”黑龙江省的气候资源国家所有权的立法显然不合理地扩大了对自然资源的解释，将风、光等公共品也纳入了所有权的范畴中。<sup>[51]</sup>目前，在各国实践中，争议多的客体，如光谱、频道、基因信息等，它们是否是自然资源，有的在我国物权法中已经有答案，有的尚没有答案，需审慎判断。

在解释自然资源国家所有权的范围时，还要尊重历史已经形成的民众所享有的习惯法权利。自然资源国家所有权应当充分尊重习惯法权利，其重要性可以两则案例予以说明。

巴布亚新几内亚上世纪80年代的宪法规定国家对自然资源的所有权，但与母系氏族习惯法上的土地权利发生强烈冲突，引发14年内战，15000多人死亡。<sup>[52]</sup>事后悔之，当初不如将所有权问题悬置起来，由习惯法去解决。之后的巴布亚新几内亚宪法只字不提自然资源所有权问题，其第2.2条仅含蓄地规定：“国家主权涵盖疆域、自然资源”。

[50] 本文关于自然资源国家所有权作为一种不完全规范的分析，参考凯尔森关于“国际法规范是不完全的规范”的分析。他举例说：“国际法有一个由来已久的规则：战争不应未经宣告以前开始，这一规范说明必须提出宣告，但没有说明由谁宣告，即谁作为国家代表宣战。多数国家宪法授权国家元首，而美国宪法则授权国会宣战，宪法就这样决定了属人要素，完成了前述的国际法规范。国际法‘只使国家承担义务’的特征，仅仅在于：它的规范一般只决定属事要素，而将属人要素留交国内法决定。”前引〔5〕，凯尔森书，第357页。其实，宪法关于国家所有权的规定也具有相似的特征，宪法第9条本身欠缺属事因素，留给了物权法予以规定。

[51] 参见李艳芳、穆治霖：《关于设立气候资源国家所有权的探讨》，《政治与法律》2013年第1期。

[52] 参见前引〔1〕。

另一则是澳大利亚的 *Mabo v. Queensland* 案,<sup>[53]</sup> 高等法院基于土著人在传统习惯下对土地的占有以及与土地的密切关系, 承认土著人在国王的土地所有权上享有土著人权利 (Native Title), 这是典型的财产法上的习惯法权利。该判例确立的原则在 1993 年写入澳大利亚土著人权利法案 (Native Title Act)。<sup>[54]</sup>

在私法层面上, 解释自然资源国家所有权还可以采用其他原则, 如宪法上公民的基本权利解释原则, 以此限制自然资源国家所有权。例如, 将海洋作为国家所有权的客体, 就忽视甚至剥夺了 1200 多万渔民应当享有的赖以生存的捕捞与养殖的权利, 是对国家所有权的一种错误的解释。

如果自然资源国家所有权的的规定影响了公民的生存权和习惯法上的权利, 宪法上自然资源国家所有权的的规定可能构成征收。欧美法学关于征收的研究有一个概念: 管制性征收 (regulatory taking),<sup>[55]</sup> 即法律规制可能构成征收, 国家所有权的的规定则更可能构成对在先权利的征收。这一问题值得深入研究。

## 结 语

本文坚持两个基本原则, 即宪法规定的自然资源国家所有权在私法上的效力和所有权概念的形式统一性, 以期对自然资源国家所有权问题的学术探讨不因价值取向而扭曲, 不否定基本的规范事实和法律逻辑。但在这一前提下, 本文强调自然资源国家所有权的特殊性。在关于自然资源的立法中使用所有权概念, 需要考虑以下复杂的因素:

第一, 所有权概念源于罗马法, 是对物的占有、使用、收益、处分的绝对权利, 具有排他性与对世性。现代社会中, 财产权制度安排日益复杂, 传统民法上的绝对所有权理念并非处处适用, 或者说, 一种资源的财产权结构并不必然表现为所有权结构。例外有二: 其一, 在民法上, 并非所有的物背后都有一个法律上的所有权, 因为所有权的客体一般是有体物, 且须是可特定化和可支配的。而所谓气候资源是风力风能、太阳能、降水和大气成分等构成气候环境的自然资源, 漫布于自然之中, 飘忽于天地之间, 笼统地视为国家所有权的客体, 殊难成立。其二, 公众可以绝对自由地使用、占有的物, 是天然的“公共财产”,<sup>[56]</sup> 但不构成法律上的“财产”, 可以其他法律形式进行规范。

第二, 作为一种立法策略, 回避某些资源的所有权问题, 也是明智之举。如 2005 年苏丹结束内战后签署的和平协议 (*Sudan's Comprehensive Peace Agreement*) 中, 回避了自然资源的所有权问题, 就是成功一例。当然, 中国国情与苏丹和巴布亚新几内亚不同, 但在气候资源上设定国家所有权, 不仅存在许多概念与逻辑上的荒诞, 也是释放一种消极的信号。投资开发可再生资源的民众头上高悬着一柄“国家所有权”之剑, 其热情将被浇灭。

第三, 在自然资源的立法中, 最重要的任务是解决自然资源的管理、规划、分配、管

[53] (1992) 175 CLR 1 (Aus. HC).

[54] David J. Bederman, *Custom as a Source of Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 69.

[55] Robert S. Mangiaratti, *Regulatory Taking Claims in Massachusetts Following the Lingle and Gove Decisions*, 90 Massachusetts Law Review 54 (2006).

[56] Carol Rose, *The Comedy of the Commons: Custom, Commerce, and Inherently Public Property*, 53 U. Chic. L. Rev. 771 (1986).

制、收益等问题。2009年瑞士“人文主义者对话中心”基金会（The Centre for Humanitarian Dialogue）发布的《为了和平的自然资源谈判：所有权、控制和财富共享》报告强调：“所有权虽是整个自然资源法律制度中的重要因素，但并不当然能解决自然资源的管理、规划、管制、收益等实质问题。”

在中国的自然资源立法中，最为重要的是自然资源公平分配的民主程序，而非空洞的所有权问题。没有分配程序的法治保障，所谓国家所有权只是为政府部门在自然资源分配中的独断与腐败披上一件正当性外衣。我们要慎用自然资源国家所有权。

---

**Abstract:** State Ownership of Natural Resources stipulated under Chinese Constitution is not a concept of ownership exclusively belonging to the public law. Its content consists of three levels. The first level is the private right as same as the ownership defined under the Real Rights Law. The second level is the public powers to be exercised on the matter of natural resources, including the power of legislation, the power of administrative management, and the power of distribution. The third level is the constitutional duty which requires the State to use his private right and public powers on the behalf of the whole people. The Public Trust Doctrine, a perfect statement of the constitutional duty of the State as the owner of natural resources, ought to be introduced into China, or Article 9 of Chinese Constitution ought to be interpreted under the Public Trust Doctrine to clarify the statuses of the State and the People in the structure of State Ownership of Natural Resources.

In the reality of China, the weakest level of State Ownership of Natural Resources is the State's constitutional duty. The scheme of "People Fund of Natural Resources" is a significant attempt that China can follow. Due to its characteristic as an Incomplete Norm, State Ownership of Natural Resources stipulated under Chinese Constitution finds difficulties to be transformed into the specific real right provided under the Real Rights Law. In the present situation where Chinese constitutional regulation system remains unsound, the civil law doctrine of interpretation is expected to play a quasi-constitutional function to control the arbitrary expansion and distortion of State Ownership of Natural Resources.

**Key Words:** natural resources, state ownership, constitution law, private law, public trust

---