

怎么判断哪些自然资源是不能商品化的呢？一是参照别国、多数国家的做法，看看哪些做法是文明的。二是考虑我国是社会主义国家的基本理念，我们的理念总应该比西方国家要先进，更符合人民大众的利益。政府部门不能以行使国家所有权为名，侵害社会民众的公共利益，不能使一些自然资源、自然环境成为一些特权人物和富裕人群所独占的财产，因此形成社会的不公、资源分配不公的问题。这些自然资源不是私法所能调整的，是公法如行政法调整的。

结合这次讨论的两个案件，自然风、光属于公物，政府不能行使私权性质的所有权。阳光、空气、自然环境也不是民法上的物，尽管它们也是资源。乌木是贵重的资源，属于国家所有，有些类似于黄金（金矿），因为它十分稀缺，又很分散，政府不便发现和采掘，所以如有人发现，政府应当给予高额的奖励。但它不是无主物，不适用先占原则。即使我们把乌木看作是无主物，从社会发展的趋势讲，地球资源的有限性和人口的不断增涨，各国承认以先占原则占有自然资源的现象也越来越少，对先占制度的限制也越来越多。所以，我觉得那些发现和采掘到乌木的人，应当享有发现权较为适当。发现权也是财产权，但它不是所有权，所有权人是国家。

自然资源国家所有权的中国语境与制度传统

薛 军（北京大学法学院教授）

首先谈谈对这两篇论文的看法。两位作者都作了努力，取得了一定的成果，但从文章分析的深度以及试图澄清的问题来看，似乎还有一些不足。个人感觉还没有把这个问题真正说明白、说透彻。我一直认为，关于自然资源国家所有权，不一定需要非常复杂的理论。这个问题并不如我们所想象的那么复杂。如果在讨论这个问题的时候，我们能够具备基本的中国问题意识，并且对大陆法系国家处理此类问题的制度传统有比较清晰的了解，就能够把这个问题说明白。

之所以提到中国问题意识，主要是因为中国的现实语境是我们讨论相关问题时不可能回避的背景和前提。目前受到学界高度关注的民法与宪法的关系问题以及相应的宪法上的权利与民法上的权利之间的关系问题，如果不从我国现阶段的具体情况出发，不把我们的思考建立在具体的“中国民法”与“中国宪法”二者之关系的基础上，那么相关的理论阐述很可能会脱离我们的实际，相关的理论也许会“看上去很美”，但解决或者说解释不了任何中国现实问题。需要注意的是，我这里强调的是“中国民法”与“中国宪法”的关系，而不是一般意义上的民法与宪法的关系，因为无论从某一个国家纵向的法律历史发展的角度来看，还是从不同法域横向比较的角度来看，从来就不存在一个一成不变的民法与宪法的关系模式。最近这些年来，来自欧洲国家的“民法宪法化”的理论话语对中国民法理论产生了重要影响，也有学者试图运用这一理论去解释中国民法上的制度。但如果忽略中国具体的、特殊的语境，不加鉴别地援用来自欧洲国家的民法与宪法关系的理论，难免会误读中国的问题。关于自然资源国家所有权问题的讨论，就很不幸地出现了这种误读。举例来说，当我们看到中国宪法第9条中使用了“所有”这样的字眼，我们就想当然地把它与

“所有权”联系起来，并且认为这就是所谓的宪法上的所有权。但如果把中国宪法第9条的规定放在宪法“总纲”的整体结构中加以考察，分析其可能蕴涵的宗旨，就会发现这样的解读似乎与中国宪法的精神并不特别吻合。

对中国宪法所包含的任何规定的解读，都不能够脱离一个基本前提，那就是对现阶段中国宪法的基本性质和功能的把握。需要注意的是，这个问题是一个事实判断，而不是评价问题。每个学者对宪法应该是什么样的，应该而且能够发挥什么作用，都可以有各种合理的期待，有美好的愿景，但这些意愿都不能取代我们对中国宪法实际上为何物作出客观而冷静的判断。严格来说，“宪法”与“中国宪法”是两个不同的概念，并不能相互替代。有一些学者把自己对于一部“理想型”宪法的美好期待，一厢情愿地倾注到现实版的“中国宪法”的解读中，这无助于我们发现真实的问题并且找到解决问题的方法。

我个人认为，至少在目前的阶段，中国宪法在本质上就是执政党关于其政治合法性以及基本施政方针的一个政治性质的宣言，并不具有基本的规范意义。中国宪法与基于限制公共权力、保障公民个人基本自由的立宪主义思想而制定的宪法，存在类型上的差别。只有把握了这一点，才能够对中国宪法第9条中提到的“自然资源属于国家所有”给出一个准确的解读。这一条款无论与“总纲”的其他类似规定（例如关于基本经济体制的第6、7、8条），还是与宪法中的其他条款，在内涵上都是一致的，都服务于宣告执政党所选择的政治、经济、社会治理模式。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。至于说如何把这一价值判断通过具体的法律规范在实在法的层面上落实下去，主要还是通过部门法（具体来说就是民法中的物权法）来实现的。换言之，就规范分析而言，宪法的这一条并不具有太多的意义。重要的是看具体的法律部门通过何种法律制度和概念体系来落实这一政治性的立法政策判断。

是否可以基于宪法第9条的规定，构造出一个关于自然资源的宪法上的所有权概念？这一问题在根本上取决于我们试图赋予“权利”这一概念以何种内涵。不可否认，宪法学者和民法学者都在使用权利概念，都发表了大量关于权利的研究著述，但他们其实是在法学的不同意义脉络中使用“权利”一词。德沃金的“认真对待权利”和耶林的“为权利而斗争”，二者之间差别很大，前者主要涉及的是个体与团体之间的关系模式，强调个体的权利是为公共权力设立的不可逾越的界限，其目的是保护个体的自由空间。而耶林所指的更多的是私人之间的关系模式，强调权利是个体受法律保护的利益，权利界定了个体之间必须彼此尊重的利益边界，个体通过维护自己利益的行为，同时参与着法秩序的形成。从这个意义上来说，认为我国存在一个宪法层面上的自然资源国家所有权不能说错。但问题的关键在于，这样的理论构造在中国目前的语境之下没有什么实际意义。只有在立宪主义的宪法模式之下，宪法上的权利理论才可能具有某种维护个体利益、限制团体公共权力的内涵。正是基于这样的考虑，我个人不主张援用宪法上的所有权与民法上的所有权的理论模式去处理我国的自然资源的国家所有权问题。这种理论话语，不仅没有什么实际的效果，反而容易把作为一个严格的民法学范畴的所有权概念弄得极端复杂，导致望文生义和理解上的

混乱。

如果这一看法成立的话，下一步的问题就是如何在部门法，特别是物权法的层面上理解我国现行的自然资源的国家所有权制度。在这一问题上，我认为，我们需要对大陆法系国家关于这一问题的制度传统进行深入研究，汲取相关的制度构造经验。事实上，只要我们对这一制度传统有充分了解，理解和建构一套中国民法中的自然资源国家所有权制度，并不困难。

从罗马法以来，大陆法系国家就逐渐发展出了一套相当成熟的关于国家财产的所有权形态和归属之确定的制度模式。这些制度都在民法的层面上来展开，根本不需要借助于宪法上的所有权等理论。简单来说，基于罗马法上的“可有物”与“不可有物”以及“财产物”与“非财产物”的划分，大陆法系国家通常基于一定的立法政策，对一部分财产明确排除其可以适用民法上的“所有权”这样的归属形态。这一类型的物不受民法的调整，而是受其他法律部门（主要是行政法）的调整。这一部分物被叫做“公物”，我们甚至不能说它们是“有”的，因为对于它们并不采用民法上的“所有权”这样的归属形态。关于其占有、使用、收益和处分问题，主要受行政法规的调整。举例来说，如果某一个国家把广场界定为公物，那么允许商人在特定的时间在广场上摆摊设点，往往走的是行政许可的途径，而非民法上的租赁。

在公物之外，有“国有物”范畴。针对国有物，采用的是民法上的“所有权”的归属形态。从理论上来说，它与普通个体享有某物时所采用的归属形态是相同的，只不过主体比较特殊，是国家而已。在欧洲大陆法系国家，根据公共权力的享有者对国有物所享有的权限的不同，进一步将国有物划分为不得处分的国有物与可以处分的国有物。二者的区别在于，后者可以基于私有化的政策转让给私人，而前者则不能被私有化。当然，这二者之间的界限并不是固定的，通过特别的立法也可以把不得处分的国有物转化为可以处分的国有物。

在细节上，大陆法系国家的国家所有权制度当然还有很多复杂的内容，但基本框架就是这样的。我个人认为，这一基本框架可以用来分析和构造我国的自然资源国家所有权制度。具体来说包含这样几层意思：

首先，在民法的层面上，当然可以成立自然资源国家所有权这样一种民法上的权利类型。对此不存在任何实质性的障碍。关于客体是否特定之类的问题，可以通过更加明确具体的界定得到解决。

其次，我国在构造自然资源国家所有权的时候，忽视了对于国有物和公物的合理划分，因此在理解和适用我国物权法上关于自然资源国家所有权的时候，我个人主张可以进行一定的目的性限缩，也就是认为我国的物权法体系中的国有物，实际上包含了公物的范畴，因此对于由国家所有的自然资源，需要将其进一步区分为不同的类型：一部分适用大陆法系国家制度传统中关于“公物”的法律调整方法，另外一部分属于狭义的国有物的范畴，适用民法上的所有权的规范。通过这样的解释，关于在湖泊里取一壶水是否侵犯国家财产的悖论，完全可以得到消除。因为在通常情况下，湖泊里的水资源属于“公物”，关于其利用受行政法规的调整。只有当作为行政法的水法规定某种特定方式的水体利用需要得到特别的行政许可的时候，未经许可的相关行为才是被禁止的，而其他合理的利用都属于普

通民众对公物正常、合理利用的范畴，并不受到限制，也不存在侵犯国有财产之嫌。

再次，对于国有物而言，还可以引入不得处分的国有物和可以处分的国有物的划分。因此，国家对国有物的处分权并不是毫无限制，未来需要进一步完善限制国家对国有物的处分权的法律。在自然资源领域，考虑到环境、生态等公共利益的因素，我个人认为原则上应该把不属于公物的自然资源的绝大部分归入不得处分的国有物的范畴之中，以此来实现此类物品的环境与生态功能。

总的来说，我国的自然资源国家所有权制度是一个民法层面上的制度，在物权法中对其作规定不存在任何体系上的问题。因此，可以考虑通过民法解释论的方法，对这一制度的具体运用予以一定的合理化。在这一方面大陆法系的制度传统可以提供很多有益的启示。

通过解释民法文本回应自然资源所有权的特殊性

谢鸿飞（中国社会科学院法学研究所研究员）

谈两个问题：

第一，宪法所有权与民法所有权的关系。两篇论文都涉及这一问题，甚至将其作为立论的基础。民法学界这些年来很关注宪法上的基本权利与民法上的权利的区分。区分的标准和实益，各家看法不同，但大多把宪法权利定位为“个人—国家”关系，把民法权利定位于私主体之间。这样一来，“宪法对第三人的效力”就多少成了一个异数。整体上，这些研究的理论支援是德国法学。其实，虽然这方面中德法律文本类似，但是法律观念却截然不同，很难说我国宪法有“防御”观念。无论用何种法学方法，都难以得出与德国法类似的结论。我们不可能像20世纪50年代的德国法院那样，认为宪法虽然有经济规范，但是宪法对经济制度保持中立。当然，学者为实现法治理想的这种论述策略可以理解。更为现实的策略，可能不是区分宪法与民法上的权利，而是通过解释民法文本，得出相同的结论。比如，把物权法第2条第3款规定的物权“排他”效力中的“他”，解释为包括国家，解释论上应该成立。同时，将国家机关侵权纳入侵权责任法第34条第1款（这当然是“过度诠释”），或许因为绕过了观念问题而更为可行。另外，如果要区分宪法与民法上的所有权，这种区分就应同样适用于国家所有权。国家所有权对抗国家权力是否荒谬，也许还涉及主权层面与法律层面的两种国家所有权。虽然国家是抽象主体，但实践中，国家所有权人总是具体的，我们随时可以感觉到。

第二，自然资源所有权的特殊性。它何以会成为一个研究主题？其一，客体的特定性。学界争议很大，我赞同崔建远教授的观点，特定性应该没有什么问题。自然资源的数量无法确定，甚至有无都不明确，因此，它最有法律意义的特征是什么主体都无法现实支配。其二，确权。“自然资源”并非法律术语，必须精细确定其范围，比如法律层面遵循民法上的“物”的特征，排除气候资源；再如价值层面奉行尽量不与民争利的原则，排除虫草、乌木等。其三，所有权负担的义务。自然资源是自然形成的，国家基于主权意志规定取得所有权后，至少应尊重私人使用或取得自然资源的“习惯权利”，如用水权。这也是自然资源“合理利用”的方式（宪法第9条）。其四，行使。我赞同将自然资源区分为“非对物采