

# 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，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，视野更加开阔，观点更加多样。但总体看来，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。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。

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”）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，〔2〕更因为古今中外与此

---

\* 浙江大学光华法学院副教授。

〔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。

〔2〕 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。

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得到挖掘和利用,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。”〔3〕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,〔4〕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。〔5〕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,〔6〕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

〔3〕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。

〔4〕《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(2014年10月23日中共十八届四中全会通过)。

〔5〕参见前引〔1〕,巩固文,第20页以下。

〔6〕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。

到关注，其性质和功能的独特之处却被忽略。认为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。<sup>〔7〕</sup>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观和独特功能，<sup>〔8〕</sup>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，不应再继续坚持。<sup>〔9〕</sup>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，<sup>〔10〕</sup>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，也就是宪法上的‘所有权’。”<sup>〔11〕</sup>从这个意义上说，宪法所有权是对个人可依法获得财产并排除国家侵犯的宪法资格的确认，其本身并不能直接赋予公民以财产。因此，任何人都不能只根据宪法来主张对特定财产的排他支配，某人即使一无所有，也不能认为其宪法所有权未受保障。既然如此，又怎能认为宪法第9条具有此种效果？如果个人不能直接依据宪法拥有某物，国家又如何能够直接依据宪法拥有自然资源？

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。<sup>〔12〕</sup>

〔7〕 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，本质上都是忽视宪法与普通法律之根本差异的“混同论”。详情请参见林来梵：《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。

〔8〕 “宪法之所以成为最高规范，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’，乃是其最高规范性的实质性的根据，而这‘实质意义上的最高规范性’，构成了形式意义上的最高规范性的基础，乃是真正支撑宪法之最高规范性的所在。”〔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。

〔9〕 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。

〔10〕 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。

〔11〕 〔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。

〔12〕 “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。

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”。<sup>[13]</sup>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,也可能是民法规范。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”发生,<sup>[14]</sup>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“国家一个人”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”。<sup>[15]</sup>有学者认为,“间接效力说”因“在理论逻辑和实践效果上仍然有相当大的缺陷”,<sup>[16]</sup>“很难克服其逻辑论证的不融贯性”,<sup>[17]</sup>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“国家一个人”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。<sup>[18]</sup>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

[13] 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。

[14] 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“国家一个人”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2期,第1页以下;韩大元:《比较宪法学》,高等教育出版社2003年版,第184页以下。

[15] 参见上引韩大元书,第184页。

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

[17] 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/zh00191838103360023306-0.htm>, 2014年10月1日访问。

[18] 参见前引[13],王涌文,第54页。

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。<sup>[19]</sup>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。<sup>[20]</sup>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，<sup>[21]</sup>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、性质庞杂的英美法中的“概括所有权”。<sup>[22]</sup>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。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？<sup>[23]</sup>笔者认为也难成立。

通说认为，宪法权利是以“防御国家侵害”为旨归的权利。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”。<sup>[24]</sup>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

[19] 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。

[20] 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。

[21] 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。参见前引〔13〕，王涵文，第52页以下。

[22] 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。

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

[24] 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。

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”，<sup>[25]</sup>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”，<sup>[26]</sup>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，更是如此。

（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。<sup>[27]</sup>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。

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

[25] 前引〔16〕，于飞文，第55页。

[26] 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”。

[27] “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。

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？<sup>[28]</sup>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件”。<sup>[29]</sup>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的自我意志，这一意志因民事主体本身的具体、实在性

[28] 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。

[29] 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。

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,<sup>[30]</sup>更不意味着国家必须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。

## 二、资源国家所有权的实质与内容

作为公权的资源国家所有权的实质与基本内容,须结合宪法第9条的体系位置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”。<sup>[31]</sup>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”。<sup>[32]</sup>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。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利用自然资源,其对资源的所谓“支配”实际上是通过由无数具体社会成员所实际进行的资源利用活动的“干预”来实现的。就此而言,资源国家所有权的实质是国家对资源利用的

[30] “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。

[31] 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。

[32] 参见徐祥民:《自然资源国家所有权之国家所有制说》,《法学研究》2013年第4期,第40页。



“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。

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？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。<sup>[33]</sup>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。笔者曾指出，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，<sup>[34]</sup>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，这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。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。<sup>[35]</sup>而

[33] 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。

[34] 参见前引[1]，巩固文，第25页。

[35] 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、自然资源和一切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”。

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充分利用,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,<sup>[36]</sup>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,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,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。前半句是最根本的一般性条款,它明确了资源国家所有权的基本内容以及国家在资源活动中的功能和角色——保障合理利用。所谓“保障”,是为某事或某行为提供支撑和条件之意。这清楚表明,国家在资源活动中并非直接利用者而是保障提供者,即为具体的资源利用活动创造条件、提供帮助,以确保其“合理”进行。这正契合“国家”的抽象性和公权力主体身份以及政企分开的基本原则。而在自然资源本身客观存在的情况下,国家的这种“保障”显然主要是制度供给意义上的,即通过立法和执法形成科学、稳定的资源利用秩序——这本来就是国家作为管理者所应向社会提供的“基本服务”和“公共产品”。同时,该句中的“合理利用”也意味着社会主体对资源的利用不是绝对的、无度的、任意的,而必须控制在“合理”限度内。至于何为“合理”,则应根据经济、社会发展的实际情况和公众需要综合判断。在现代环境资源整体危机的大背景下,除考虑经济效益、社会公平以及文化习俗等传统因素外,还要考虑

[36] 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年版,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*, 66 *Law and Contemporary Problems* 94.

对生态环境的影响。后半句在客体上把“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；而是否珍贵、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。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”，不能从民法意义上理解，似乎只要没有取得“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。<sup>[37]</sup>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款第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，国家对资源利用的“积极干预”主要涉及以下四部分：（1）谁可以利用，即资源物的“分配”及具体归属，包括主体资格、客体范围、获取方式、获取程序等。（2）如何利用，即资源利用的具体规则及其监管，包括利用权的形式与权能，利用、流转、处分等方面的限制，附随的社会及环保义务等。（3）惠益如何分享，即资源收益的分配，包括有偿无偿、税费确定、收益用途和分配方式等。（4）如何保证权力正当行使，即权力行使的制约和监督，包括管理责任以及公众的知情、参与、监督、诉讼等权利。

### 三、资源国家所有权的行使：资源立法、行政与司法

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

#### （一）立法主导

立法是资源国家所有权的主要行使方式。这不仅因为立法权是最根本的国家权力，立法是最重要的秩序形成手段，更因为法律是全民意志的体现，有关资源利用的“全民意志”

[37] 参见前引[31]，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。

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。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贵动植物的保护,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、海域使用管理法等)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。

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占大多数，从而容易让人产生“资源法就是公法”的错觉。

另外，还要注意的，前述均是针对国家积极行使资源立法权的情形而言的。然而，自然资源种类繁多，国家既无可能也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资源属性来看，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，都要有法律明确授权，而应反向推导，即立法的缺失意味着“全民”在这类资源的利用上无“特殊意志”，意味着国家对人民自由取用这类天赐财富的默许。更何况，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，<sup>[38]</sup> 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

[38] 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。

维持生活为必要,不具有明显商业性。<sup>[39]</sup>(3)不具有破坏性。<sup>[40]</sup>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应有之义。

## (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”、<sup>[41]</sup>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、行政诉讼等途径解决。

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,<sup>[42]</sup>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”。<sup>[43]</sup>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,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9条也可发挥类似功

[39] 这并不意味着只能自用而不能转让获利,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。

[40] 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。

[41] 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。

[42] 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。

[43] 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。

效。在立法方面，对法律来说，任何规定都既不得违背宪法第9条第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，或放任珍稀物种灭绝，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、带有强制性的“收缴”，否则，很难解释在物权归属尚未确定之前，政府（如果是民事关系中的平等一方的话）何来强运之权？而在地方政府实施的行政行为性质的“收缴”和普通民众实施的民事行为性质的“取得”均无明确法律依据的情况下，从“法无明文规定即禁止”的公法基本原理来看，案件该如何处理，十分明显。另外，资源实践中不乏一些地方政府或相关部门片面强调经济效益而把重要公共资源交给私人垄断利用和经营，导致公众丧失合理利用权的情形，也是需要司法加以审查和纠正的。

#### 四、从国家所有到个人利用：资源利用权

资源国家所有权的行使本身不是目的，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。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”。（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,<sup>[44]</sup>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。<sup>[45]</sup>

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,也缺乏对不同资源之属性差异及差别化制度安排的考虑,殊不足取。

按“公权说”,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,权利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。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,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

[44] 参见前引[1],巩固文,第27页。

[45] 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。



在，并构成“先占”的禁区。

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，但一不能绝对化，二不以“营利”为目的，三要区别对待、因地制宜。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。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。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。

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就构成所谓国有资产流失，实乃错把公共资源当作私产并且片面强调经济效益。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。海域使用管理法颁行之时，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”，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。<sup>[46]</sup>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

[46] 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。

“重新分配”重要资源,<sup>[47]</sup>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。

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。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。

### (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,必须区别使用概念的层次和语境。

从法律科学角度来看,作为一种民法意义上的直接支配权,所有权的主体必须具有具体性和实在性,只能是自然人或法人,抽象国家无法成为民法所有权的主体。学界以往认为国家所有权是以与“全民”相等同的国家为唯一主体、通过各级政府及相关部门来具体行使的民事权利,这一主要来源于苏联的学说违背了物权法基本原理,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

[47] 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。

配。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。<sup>[48]</sup> 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，<sup>[49]</sup> “公共法人”而非抽象国家才是这些财产的所有权人，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。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”之名。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权利相冲突。

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，取得方式也截然不同。在民法层面，具体资源物到底应为何人所有，什么情况下可为“国家所有”（也即“公共法人所有”），要根据具体情形具体判断，主要取决于三点：

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

[48] “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。

[49] 前引〔27〕，孙宪忠文，第62页。

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权的必要,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。<sup>[50]</sup>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。比如,一块未被发现的油田,尽管其在公法意义上属于国家所有,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中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。

只有清楚区分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。<sup>[51]</sup>“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”,但民事权利状态有根本差异,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。而后者不存在民法所有权人,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也是学界的常见困惑。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”。<sup>[52]</sup>对此,笔者不敢苟同。

[50] 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。

[51] 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。

[52] 前引〔24〕,程雪阳文,第175页。

一方面,对主权的效力和内涵须区分语境与层次,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。<sup>[53]</sup>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”。<sup>[54]</sup>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”,<sup>[55]</sup>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。<sup>[56]</sup>随着环境资源形势日益紧张,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,<sup>[57]</sup>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,<sup>[58]</sup>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

[53] “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——〈论主权〉中译本序言》,《法治论丛》2009年第2期,第144页。

[54] 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。

[55] 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。

[56] 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。

[57] 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。

[58] 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。

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，宪法也不能仅靠统授权，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，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。

---

---

**Abstract:** The differences between the constitutional law and the civil law and between right and power, as well as the full expression of Article 9 of the Chinese Constitution all confirm that state ownership of natural resources (SONR) is a kind of public power. As a kind of public power exercised by the state in the disposition of common resources, the SONR is in essence the power to actively intervene in the utilization of resources, the purpose of which is to ensure the rational utilization of natural resources. It is exercised through legislative, administrative and judicial power and through the regulation of and restriction on these three kinds of power. In practice, a real resource utilization order can be formed only if China can develop from SONR various resources utilization rights, which are of the nature of private right and take actual users of resources as their subjects and the reasonable utilization of resources as their content. The nature of state ownership under civil law is the ownership by public legal person, which is not a real legal conception and has a narrow scope and must meet rigid preconditions. The distinction between state ownership under the civil law and that under the constitutional law is the precondition for the distinction between “state-owned private property” and “state-owned public property”. SONR is derived from sovereignty, but is not equal to sovereignty. One of the important functions of SONR is to be the power carrier and conception tool for the effective exercise of the sovereignty over natural resources.

**Key Words:** natural resources, state ownership, public power, private right, sovereignty

---

---