

中国宪法上国家所有的规范含义

程雪阳^{*}

内容提要：中国现行宪法中的“国家所有”一词，不仅是经济学上的一种所有制，也是法学上的一种所有权。在法律地位、权能构造和权利外观上，国家所有权在宪法上和民法上并不存在差异。但在功能上，基于宪法第9条第1款关于“国家所有，即全民所有”的规定，国家所有权确实有特殊性，它不能为国家或政府的“私利”存在，而必须“为公民自由和自主发展提供物质和组织保障”。宪法第9条第1款和第10条第1、2款，赋予国家获得特定自然资源所有权的资格。具体的自然资源是否属于国家所有，依赖于法律对宪法上述条款的具体化和立法形成，在法律没有完成这项工作之前，特定自然资源属于没有进入物权法/财产法秩序的社会共有物，不属于国家所有的财产。对于这种共有物，国家可以基于主权以及由主权衍生的行政管理权来设定开发和使用规则，但不能作为所有权人获得相关财产性收益。

关键词：自然资源 国家所有 所有权理论 宪法解释

一、引言

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

宪法第10条第1款“城市的土地属于国家所有”中的“国家所有”，是不是一种私法

* 苏州大学王健法学院副教授。

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

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

宪法第9条第1款“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有”中的“国家所有”存在同样的问题。如果这里的“国家所有”是私法意义上的财产所有权，那么除法律规定属于集体所有的森林、山岭、草原、荒地和滩涂外，其他矿藏、水流、森林等自然资源是否概无例外地属于国家所有呢？如黄河、长江、雅鲁藏布江等水流，大兴安岭地区的森林，西藏、青海等地尚未开垦的荒地等等。如果答案是肯定的，那么黄河改道、森林大火以及草原、山岭中的野生动植物给周边居民带来的财产损失，国家作为所有权人是否要给予民事赔偿？^{〔2〕}

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

〔1〕 2010—2014年《国土资源公报》可以登录国土资源部官方网站获取；2010—2014年的全国年度收支情况报告可以登录财政部官方网站获取。

〔2〕 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。相关报道见王洪伟、张爱荣：《男孩被河道洪水淹死家属索赔》，《广州日报》2006年6月1日A3版；李进：《河边洗头24岁小伙再没回来》，《安徽商报》2013年12月23日第11版。

〔3〕 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，是四川省彭州市通济镇麻柳村村民吴高亮在家门口承包地的河道边发现价值数百万的乌木，随后就被镇政府收走了。另外，2014年，也有重庆潼南8位村民卖乌木所得的19.6万元被判充公事件发生。各地政府收走乌木的理由都是“乌木属于国家所有”。相关报道见李响：《乌木之争何时休？》，《中国国土资源报》2013年5月25日第3版；刘建国：《乌木之争背后的情法冲突》，《中国青年报》2014年10月31日第2版。

〔4〕 《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。

值,有则属于国家财产,没有则可以归还给发现者或利用者。〔5〕

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

依照笔者浅见,要解决上述难题,首先需要对我国宪法第9条第1款和第10条第1、2款的规范性质和规范含义进行研究,还要对“国家所有”的含义加以分析。笔者已在之前的文章中初步完成了前一任务,〔6〕本文主要解决后一问题。为此,本文将首先梳理和分析当下学术界关于“国家所有”的研究,然后提出笔者关于中国宪法上“国家所有”这一术语规范含义的解释方案,并以此为基础讨论国家所有权的具体权利行使规则。

在谈到对国家所有权的研究方法时,有学者认为,“恐怕先得确定大家是采取立法论还是运用解释论,是哲学思考还是法律的解释与适用。如果是立法论或者哲学思考,则论者可以自由驰骋,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”。〔7〕笔者赞同这种分类方法,并遵循解释论的研究路径来处理“国家所有”这个问题。

二、现有的解释方案及其问题

针对宪法上的“国家所有权”,国内学术界目前主要有以下五种解释方案。

第一种解释方案可以称为“物权说”。这种解释方案认为,虽然国家既是政治权力的代表者(主权代表者),又是财产所有权人,但国家主权(行政权)与国家所有权是两种性质不同的事物。因此,要将国家的立法、行政活动与国家行使财产权的行为严格区分开来。国家所有权虽然特殊,但要限定在民法关于所有权内容的一般规定之内,不能由行政机关随意创设和扩大。〔8〕

物权说的本质是将国家“拟人化”,即将国家看作一个拥有独立意志、独立财产并可独

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

〔6〕 参见程雪阳:《论“城市的土地属于国家所有”的宪法解释》,《法制与社会发展》,第171页以下。

〔7〕 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。

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

立承担民事责任的法人，然后将其拥有的所有权解释为一种物权。藉此，国家所有权获得了与个人所有权、集体所有权在权能、效力上完全相同的法律地位。这种借鉴自德国潘德克顿法学派的主张，〔9〕在理论上符合了法律解释学关于“不同规范中的同一术语应当具有相同含义”的要求，让貌似怪异的国家所有权回归到现有的民法理论和民法权利体系之中；在实践上适应了中国1990年代以后的经济体制改革要求，对国企改革（国家所有权与企业财产权、企业经营自主权的分离）以及专门性国有资产管理机构的设立产生了重要影响。

物权说也存在一些缺点。一方面，其没有很好地揭示国家所有权作为一种民法所有权的特殊性，比如所有权通常是为所有权人私利服务的，那么国家所有权是为国家以及代表国家的政府私利服务的吗？〔10〕另一方面，也没有对这种解释方案所产生的问题给予系统回应。以自然资源国家所有权为例，“空气在循环，水在流动，森林在生长和死亡，野生动物在迁徙，它们如何‘特定’为所有权的客体？”〔11〕居民从黄河里取水饮用是否构成对“水流”国家所有权的侵犯，雅鲁藏布江流到印度是不是国有资产流失？答案并不清楚。

第二种解释方案可以称为“公权力说”。这种解释方案通常认为，国家所有权不是一种纯民法意义上的所有权，其性质更接近于行政权力、公共权力或者国家权力。主要理由是“国家所有”及其等同物“全民所有”，无法依据民法关于所有权的定义来行使。比如，全体人民只是名义上的所有者，不是也不可能成为任何意义上的行为主体，而且其还不能另行选择代理人，其利益的享有也不能通过任何民事方式实现。〔12〕

公权力说之前并非居于主流地位，但近几年获得了越来越多的支持。通过对“天价乌木案”以及“黑龙江省宣布将风能、太阳能等气候资源属于国家所有”等事件的分析 and 反思，有论者称，“物权说”不仅无法解决国家所有权的“‘全民国家’的抽象性”、“自然资源的不确定性”、“自然资源国家所有权内容的公权性”等七个与传统所有权相违背的问题，而且将国家所有权认定为一项基本权利，还会出现国家所有权是“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。〔13〕

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

〔9〕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、格贝尔、拉班德为代表的德国国家法学者认为，国家作为“法人”在公法上也同样适用。不过，并不是所有人都同意将国家拟人化处理。当时著名民法学家基尔克，就以其社团国家思想为基础，提出国家应该是“现实的人格联合体”而非“拟制的人”。著名的行政法学家奥托·迈耶也讥讽说，“德国教授们没有得到半点津贴补助就授予国家法人的称号”。参见〔德〕米歇尔·施托莱斯：《德国公法史“国家法学说和行政法”（1800—1914）》，雷勇译，法律出版社2007年版，第104页以下，第493页以下，第560页。

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

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

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

〔13〕参见巩固：《自然资源国家所有权公权说》，《法学研究》2013年第4期，第26页。

首先，它夸大了国家所有权的特殊性。依照这种解释方案，国家所有权是一个“怪物”，是“前苏联东欧国家教条式运用马克思理论的产物”，因为其“不仅异化了所有权概念本身，而且还导致国家所有权暨国有财产只能错位和越位，同时还腐蚀了私人所有权及其市民社会，最终危及一国宪政进程”。^[14]公权力说的支持者们提出，不应当将“国家所有权”规定到物权法中。现在规定进去了，那也只能从“中国物权法的任务从来没有被认为是仅仅保护私人所有权及其他物权”的现实国情来理解，只不过说明了民法中更多地注入了公法的因素，并不能表明此种所有权即当然具有私权的性质。^[15]

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

再次，将国家所有权理解为一种公权力，会让人们混淆国家行政管理权与国家所有权之间的区别。“国家对全民所有自然资源资产行使所有权并进行管理和国家对国土范围内自然资源行使监管权是不同的，前者是所有权人意义上的权利，后者是管理者意义上的权力。这就需要完善自然资源监管体制，统一行使所有国土空间用途管制职责，使国有自然资源资产所有权人和国家自然资源管理者相互独立、相互配合、相互监督。”^[16]为此，十八届三中全会专门提出，自然资源产权制度和监管体制的改革要遵循两大原则，其一要遵循“自然资源产权所有者与自然资源监管者分离”的原则，进一步推进政企分开改革；其二要按照“一件事由一个部门管理”的原则，建立统一行使自然资源监管权的机构。^[17]

第三种解释方案可以称为“所有制说”。这种解释方案认为，“国家所有”规定在宪法第一章“总纲”部分，因此是一项经济制度而不是一项权利。比如最近有学者提出，“中国宪法中包含的大量社会经济条款，与资本主义国家宪法在魏玛宪法以后为克服社会矛盾而发展出来的社会经济条款，以及所谓的宪法上的第二代权利，在性质上是完全不同的。中国宪法第9条的目的是宣示和确认自然资源领域的社会主义公有制原则。这一原则主要是一个政治性的价值判断，并不具有严格的规范性意义”。^[18]还有学者认为，自苏俄宪法和魏玛宪法以来，社会主义宪法与资本主义宪法不约而同地规定了“公有”制度，或称“国有”制度。这类规定显然不是要强调国家可以拥有财产或者成为财产所有人，而是要对“作为生产资料或生存条件的‘财产’，或对国计民生有重大影响的经济力量”建立一种国家所有制，我们可以称之为“国家财产制”。^[19]沿着这一路径，有学者进一步提出，“宪法第10条第1款和第2款规定的土地属于国家或集体所有，与民法意义上的所有权不同，前者包含

[14] 李昌庚：《国家所有权理论拷辨》，《政治与法律》2011年第12期，第99页以下。

[15] 参见尹田：《物权主体论纲》，《现代法学》2006年第2期，第5页以下。

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

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

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

[19] 参见徐祥民：《自然资源国家所有权之国家所有制说》，《法学研究》2013年第4期，第38页。

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”。〔20〕

所有制说让人们看到了国家所有的高度复杂性，但由此得出结论说，宪法第9条和第10条规定的国家所有“仅仅是一个政治判断，不具有规范性意义”，不应该被接受。因为这两个条款是规定在宪法正文而非序言中，应当是有规范效力的法律规范，而不是对某种事实的陈述。另外，基于“国家所有”和“集体所有”是一项经济制度，就认为其不可能同时是一项权利，这一观点不宜支持。宪法上的任何权利都可以同时是一项制度，两者不是非此即彼的关系。

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

张翔认为，宪法第9条可以被视为是基本权利条款，但这并不意味着国家所有权在法律层面应当具有与普通私人财产权同样的内涵，也不意味着必须将国家对自然资源的所有与私人所有权作同样的法规范建构。其认为在国家所有权的具体内容确定方面，立法者有着极大的形成自由，因为财产权有一个不同于其他基本权利的特点，即有待于立法形成。〔21〕林来梵支持张翔有关宪法上的国家所有权有待立法形成的论断，但认为应当将宪法第9—13条所规定的国家所有权理解为“一种制度性保障下的所有权”。〔22〕在关于水资源国家所有权的研究中，彭诚信和单平基认同宪法上国家所有权的功能主要在于“为全民所有提供法权性规定和制度性保障”，但反对将宪法上的国家所有权界定为“基本权利”或者普通物权。在他们看来，宪法上（水资源）的国家所有权是主权意义上的，意在通过宪法规范赋予全民所有之水资源以保护，并不涉及水资源的具体支配利用。不过，一旦宪法上的国家所有权转化为民法上的国家所有权，后者就具有了民法上的物权属性。〔23〕

这种解释方案的优点很明显，揭示了国家所有权在宪法与民法不同层面上的复杂关系，

〔20〕 桂华、贺雪峰：《宅基地管理与物权的适用限度》，《法学研究》2014年第4期，第39页。

〔21〕 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。

〔22〕 参见林来梵：《宪法规定的所有权需要制度性保障》，《法学研究》2013年第4期，第64页。

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

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。但问题在于，当有关论者用“制度性保障”来界定中国宪法上的“国家所有”并要求对其进行“立法形成”时，他们又回到了“物权说/公权说”的争论中去了。也就是说，仅仅强调宪法上的国家所有权是需要立法形成的“制度性保障”，对于解决理论和现实争议来说远远不够，还必须回答如何恰当地对这种制度性保障进行具体化和立法形成等诸多问题。

第五种解释方案可以称为“名义所有权说”。这种解释方案主要是针对宪法第10条第1款“城市的土地属于国家所有”提出的。持有这种解释方案的学者认为，宪法第10条规定的“国家所有”应当被理解为“只能是一种名义所有权，而不可能是包含使用权和管理权的实质所有权”，任何单位或个人的私有土地的使用权并没有被无偿剥夺。如何理解这种“私有土地的使用权”？张千帆强调，“在实际效果上，这种使用权和所有权几乎没有差异，并应该作为宪法上的财产权受到政府的尊重与保护”。^[24]

这种解释方案有利于保护“八二宪法”颁布之前依然拥有私有土地的公民的权利，认为后者除了被剥夺“名义上的土地所有权”外，并没有丧失任何其他土地权利（特别是私有土地的使用权）。但缺陷在于：其一，“名义土地所有权”在英国法上较为清晰且已被民众接受，但在我国法秩序内则是一个模糊的、难以界定和安放的概念。与德国、法国相同，“所有权”这一术语在中国法学理论和法律秩序中，是跟绝对的占有和支配联系在一起的，所以物权法上才有“一物一权”、“一物不能有二主”等原则。而在英国，尽管领土范围内的土地名义上都属于国王所有，但漫长的历史演变之后，特别是随着封建制度的瓦解，国王的土地所有权被逐步虚化，而各种各样的土地保有权和地产权通过信托等制度不断实体化，由此导致“基于物的所有权而派生出来的使用权和收益权是由诸多人共同分享的，将所有权归于任何人都是不合适”的结果。^[25]其二，如果国家对于城市土地仅仅拥有“名义上的所有权”，那么国家对于新增国有土地（比如通过征收集体土地而形成的国有土地）享有“名义上的所有权”还是“实质上的所有权”？另外，如果宪法第10条第1款规定的“国家所有权”是一种“名义上的所有权”，那么宪法第9条第1款规定的“自然资源国家所有”是“名义上的所有权”还是“实质上的所有权”？若是前者，这些自然资源的实质所有权以及其他权利（比如使用权和收益权）的归属又如何确定？答案也并不清楚。

三、本文的解释方案

综上所述可以看出，上述解释方案尽管各有优势，但对于合理解释我国现行宪法上“国家所有”的规范含义来说，都还存在这样或那样的问题，因此需要找到一种更加完善的解释方案。这种解释方案不仅要解决我国现行宪法第10条第1款规定的土地国家所有，而且要解决第9条第1款规定的自然资源国家所有；不仅要关注宪法上相关条款的规范性质，而且必须厘清“国家所有”这一术语本身的含义；不仅要处理宪法上的“国家所有”，而且必须交代宪法与民法以及其他部门法在“国家所有”问题上的功能异同。最终，这种解释方案

[24] 张千帆：《城市土地“国家所有”的困惑与消解》，《中国法学》2012年第3期，第190页。

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

需要在“国家所有”问题上形成以宪法为统领的、统一和谐的知识体系和规则体系，而不能是仅仅针对宪法某个条款破碎的、割裂的分析结论。

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

（一）“国家所有”是一种所有权

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

首先，在我国宪法中居于指导地位的马克思列宁主义也认为国家所有是一种所有权，而不仅仅是一种经济上的所有制。从马克思和列宁关于国家所有的论述中，我们可以了解到，虽然他们曾对所有权理论和所有权制度发起过猛烈攻击，但他们攻击的对象仅仅是“私人所有权”，而非“所有权”理论和制度本身。他们并不像法国思想家蒲鲁东那样，不但要否认“国家作为法人”的可能性和必要性，而且要取消大陆法系数百年发展出来的“所有权”理论和制度。^[26]在马克思和列宁看来，消灭私人所有权是必要的，但这一任务完成之后不是要取消所有权制度，不是要进入无政府状态，而是要建立国家土地所有权，建立国家对土地所有权的垄断，从而避免（他们所认定的）剥削的产生。在1872年的《论土地的国有化》一文中，马克思就曾清晰地表达了这种观点：“社会的经济发展，人口的增

[26] 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页，第272页，第292页，第296页，以及第四章。

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。”〔27〕列宁在研究了马克思的地租理论之后，提出“土地国有化就是全部土地收归国家所有。所谓归国家所有，就是说国家政权机关有获得地租的权利”。〔28〕

其次，在“国家所有”这个问题上，作为中国宪法直接知识来源的苏联宪法，既没有在理论框架上突破大陆法系关于所有权的理论，也没有误解“国家对领土的主权管辖权”与“国家对土地的财产所有权”之间的关系。依照1936年苏联宪法（即“斯大林宪法”）第6条的规定，“土地及其蕴藏、河流、森林、工厂、矿井、矿山、铁路运输、水上和空中运输、银行、邮电、国家所建立的大型农业企业（国营农场、机器拖拉机站等等），城市和工业区的公用工业和主要住房，都是国家财产，即全民财产”。该条虽然是在第1章“社会结构”而不是第10章“公民的基本权利与义务”之中，但前苏联法学教科书在解释这一条款时，却认为国家所有权虽是以“确定国家经济组织权能的方法来揭露的”，但其目标却是为了“实现所有人的全部权能的，即占有、使用和处分财产的权能”。〔29〕

当然，这并不是说苏联的国家所有权与私人所有权是完全一样的。其确有特别之处：（1）国家经济组织对所有权的“处分”仅仅包括“（甲）对一切国有土地经济用途之决定权；（乙）对一切国有土地之使用权形式、使用条件与使用程序之决定权；（丙）对某一地段之具体使用权作规定、改变或停止之权；（丁）对一切国有土地使用之管制权”，绝不包括对土地所有权进行移转的权利；〔30〕（2）国家所有权具有特殊的法律地位，具体表现为：国有财产不适用苏联民法典所规定的善意取得制度；国家财产的返还不适用法律所规定的诉讼时效制度；如果国家机关与其他组织或公民之间发生财产争议，在财产归属尚未得到证实之前，推定争议财产归国家所有。如果其他组织或公民无法就争议财产所有权进行举证，该财产也归国家所有；〔31〕（3）“国家的社会主义所有权的内容是通过确定国家机关权能——无论是组织上的权能或直接实现经济活动及其他活动的权能——的方法而被揭示出来的。一切国家机关，自上级国家机关起，直至按照计划与其他社会主义组织及公民根据民事法律行为而实现产品的下级业务环节为止，都分担着处分国家财产的责任。”〔32〕

由此观之，认为“承认马克思列宁主义的影响”就意味着国家所有权脱离了所有权的本原，或者认为我国现行宪法关于土地等自然资源的规定仅仅是一项经济制度而与所有权无关的观点，都是站不住脚的。不过，我们要把现行宪法中的马克思列宁主义理论本身与马克思列宁主义的具体实现形式区分开来。马克思和列宁是在民法/财产法意义上来界定和使用“国家所有”这个术语的，苏联宪法虽然坚持了这一点，却用计划经济式的公权手段

〔27〕 Karl Marx, *The Nationalisation of the Land*, in *The International Herald* No. 11, June 15, 1872.

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

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

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

〔31〕 参见前引〔29〕，布拉都西主编书，第211页以下。

〔32〕 同上书，第213页以下。

来落实马克思和列宁的主张，建立了“政企不分”的自然资源产权和管理体制。然而，历史和实践早已证明，应该抛弃这种“藉公权之手行私权之实”的国家所有权运行模式，在社会主义市场经济的基础上，按照“公权力和财产权相分离”的原则，对现行的“国家所有权”制度进行改造，从而建立自然资源“行政管理权”与“财产权”相分离的制度。^[33]

最后，通过查阅“五四宪法”以来的制宪资料和修宪资料，可以发现，我国宪法之所以要规定矿藏、水流、森林、土地等自然资源问题，不仅是为了确立作为国家经济基础的国家所有制问题，也是为了确定领土范围内重要财产产权归属的基本框架。^[34]我国宪法在使用“所有制”和“所有权”这两个术语时，其实指向的是同一事物，只不过“所有制”主要是从经济基础角度来讲的，“所有权”则是从法律权利义务划分的角度来进行规定的。

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

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

王克稳最近提出，要用“公共信托理论”来解释全民所有与国家所有的关系，这是极有见地的意见。^[35]事实上，美国阿拉斯加州的永久基金（The Alaska Permanent Fund）、尼日利亚信托基金（Nigeria Trust Fund）和挪威的石油基金（the Norwegian Oil Fund）就是这样做的。1959年的美国阿拉斯加州宪法规定，阿拉斯加的自然资源属于阿拉斯加居民。1969年阿拉斯加州以拍卖的形式将普拉德霍湾的石油钻井权拍卖，获得9亿美金的收入。1976年，阿拉斯加州的居民投票批准设立阿拉斯加永久信托基金，并规定未来每年阿拉斯

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

[34] 同上文，第82页以下。关于土地国家所有人宪过程的梳理，参见程雪阳：《城市土地国有规定的由来》，《炎黄春秋》2013年第6期，第35页以下。

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

加州自然资源所有收入的 25% 必须纳入到该基金，每个阿拉斯加居民都有权获得分红，没有多数民众的同意，这项基金不能用于投资或者消费。为此，阿拉斯加专门设立了一个州政府所有的公司来管理该永久基金。2007 年时，这项基金的总资产为 400 亿美元。^[36] 尼日利亚信托基金是该国联邦政府于 1976 年建立的，该项基金是由银行管理的特别基金，主要用于为贫困地区的贫困人民提供财政支持，促进就业和创业。挪威则于 1996 年设立了专门的石油基金。截止 2014 年，该项基金的总值已经达到 8500 亿美金，平均每个挪威人拥有 16.5 万美元。^[37] 挪威政府要求在石油中所获得的所有收益都要纳入该公司的账户，但与阿拉斯加不同，该石油基金每年不向公民派送红利，而是将其存储起来。近几年来，议会同意政府每年可将该项基金的 4% 用于一般性开支，如改善基础设施、改善教育和研究等能够惠及所有挪威公民的公益项目。另外，因为近几年人口老龄化问题，挪威决定将公民养老作为该项基金的主要用途，政府为此还将该项基金的名称改为养老基金，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。^[38]

王克稳藉由“公共信托理论”进一步提出，我国宪法第 9 条建立了国家所有权和全民所有权“双重所有”模式，其本质是国家作为全民资源的受托人享有以禁止和许可、行政处罚和刑罚等公法手段为特征的资源管理权。^[39] 对此，笔者认为不妥。其一，如前所述，我国法秩序有“一物一权”的原则和传统，并在此原则和传统基础上建立了一个庞大的知识体系。如果现有的基础概念和原则能解决我们所面临的问题，那就不应当另行创新，所以不存在“双重所有模式”，“国家所有”是法律上的所有权，“全民所有”则是一项制度性保障。其二，公共信托理论处理的是财产信托问题，社会契约理论处理的才是主权/行政管理委托问题，两者不能混同。因此，用公共信托理论来解释自然资源全民所有权或国家所有权的话，全体人民信托给国家的是对资产的“经营管理权”而非“行政管理权”。

（二）国家所有权的功能特殊性

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

首先，自 18 世纪以来，财产权之所以能够成为基本人权或者基本权利，确实是因为其对公民成为“独立的、有尊严的人”会产生重大影响，或者说对于“私人自由和自主发展”拥有构成性的影响。正因为如此，法国 1789 年《人权宣言》第 2 条就将财产与自由、安全及反抗压迫视为“人的自然的和不可动摇的权利”。然而，希望通过财产权（包括对财产之使用、处置和继承的保障）、契约自由以及对婚姻和家庭的制度性保障来维系私人自主，进

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

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

[38] World Oil Gas News Trends, <http://wognews.net/news/2014/4/norway-oil-fund>，2015 年 7 月 3 日访问。

[39] 参见前引 [35]，王克稳文，第 91 页，第 93 页。在谈到“自然资源国家所有权实质上是国家对自然资源的管理权”时，王克稳认为，应当建立自然资源的经营性管理体制（主要是微观上的出让许可、登记等）和综合性管理体制（宏观综合性的调查、统计和自然开发规划等）相分离的国家所有权公权管理体制。

而在私法上将建制化的经济社会同作为共同福利之领域的国家相分离，并放任市场机制在其中发挥作用，这在现代社会已经很难实现了。这不是因为私人自主这个观念发生了什么变化，而是“每个人之私人自主被认为应该平等地实现于其中的那个被感受到的社会环境”变了。具体表现是，“市场机制并不是像自由主义的法律模式所设想的那样运作，经济社会也并不像自由主义法律模式所设想的那样是一个摆脱了权力的领域”，来自大型社会组织（比如跨国公司、大型社团协会和各种行业组织）所拥有的经济权力和社会权力，对私人自主和个人决策（比如就业、生活、保险等）也造成了巨大的压力。^[40]

“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。”^[41]这时，如果依然坚持对财产权采取传统的“自由权”理解模式，并非不正确，而是不充分。因为这种理解所解决的仅仅是国家“不予干预”，而非国家要积极履行义务来帮助公民实现这些权利。当然，这并不是说法律所保障的财产权对于财产匮乏的公民没有意义，而是强调有德性的国家，除了关注法律上的形式平等外，还必须关注“法律所保障的财产权对于财产匮乏的公民实现私人自主如何成为可能”的问题。

通常来说，作为主权者的国家可通过两种方式保障公民（特别是财产匮乏的公民）的私人自主。其一是通过税收和转移支付来调节不同群体之间的财产，进而保障低收入者和弱势群体获得有尊严的生活；其二是通过控制产权，即建立国家对特殊财产的财产权，然后在获得这些财产及其收益之后，按照人民的意志去健全和完善教育、医疗、卫生等社会保障体系，从而帮助那些缺乏足够财产的公民也可以获得拥有“私人自主”的能力和机会。^[42]比如国家可以建立专门基金来管理国有的土地、矿产和森林等自然资源的收益，然后将相关收益用于改善各种教育事业和基础设施，为公民获得知识和就业提供机会和平台，这样就可以大大提高公民获得财产和财富的能力，从而帮助公民实现或者增强“私人自主”。

其次，有人可能会说，国家所有权过于特殊，根本不构成物权法上的“所有权”或者宪法上的“财产权”。然而，“一项用语之日常的，甚至是专门性的语法都可能是相当开放的，因为它并不禁止该用语扩张到只具有部分在正常的事例中才会一起出现的事例，比如，

[40] [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，三联书店2011年版，第493页以下。

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

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

国际法和某些形式的原始法律也被称为是法”。^[43] 国家所有权虽然很特殊，但这种特殊性仅仅体现在其功能、用途、行使方式和收益分配机制与其他的所有权存在差异，如这种所有权的功能不是用于保障作为法人的国家的“私利”，而在于为全体国民的“私人自主和自由”提供制度、物质和组织保障，但这并不表明“国家所有权”已超出了人们数百年形成的关于“所有权”的认识，否则，如何界定国家出租国有土地使用权或出售其他国有资产（比如石油、煤炭、天然气等）并获得相关收益时的身份？

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

其一，国家所有权虽然是宪法所保护的所有权，但并不构成宪法上的基本权利。依照我国宪法学的主流理论，宪法权利和基本权利属于可以同义转换的两个术语，“一般而言，基本权利就等同于那些写在宪法上的权利，为此有人也称为‘宪法权利’，甚至‘宪法所保障的权利’”。^[44] 这样的论证值得商榷，因为其抹平了宪法权利与基本权利之间的差异。人们通常认为，基本权利的功能在于防御来自国家公权力的侵犯，如果不加区分地承认宪法上的所有权利都是基本权利，那很有可能会出现诸如“国家防御国家”之类的问题。宪法权利与基本权利的关系应当是：（1）规定于我国宪法第二章中的基本权利，毫无疑问属于我国宪法秩序所确认或承认的基本权利。（2）没有规定于宪法第二章中的权利，有可能（但不必然）是公民的基本权利。张翔曾从德国法上引入了“列于基本权利章内的基本权利”和“视同基本权利的权利”的分类，认为藉此可以填补和完善基本权利体系。^[45] 笔者亦认为，确实存在一些基本权利是因为宪法自身的文本逻辑结构等因素而被规定在基本权利章节之外，而且还有一些没有被明确纳入宪法的“未列举基本权利”。（3）但是，如果主张某种没有被列入基本权利章节中的宪法权利可以成为基本权利，则需要履行相关论证义务，而不能径直宣称“只要规定于宪法上的权利，自然而然就取得了基本权利的称号和地位”，而哪些权利属于“未列举基本权利”更需要论证了。（4）论证义务的核心应该围绕该项宪法权利对“公民有尊严地生活以及自由和自主发展是否存在直接的、重大的、不可取代影响”这一标准展开。之所以采用这种标准，是因为“基本权利对公民来说，具有不可取代性，它是保持人的尊严与基本价值的前提”，^[46] 而“人的自由和自主发展”是我国宪法序言所确认的马克思主义的最高追求。

如果上述标准可以成立，那么我国宪法第13条规定的公民财产权、第125条规定的辩

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

[44] 林来梵：《宪法学讲义》，法律出版社2011年版，第196页。

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

[46] 韩大元：《中国宪法学上的基本权利体系》，《汉江大学学报（社会科学版）》2008年第1期，第59页以下。韩大元认为，中国宪法文本上的基本权利限于第二章的规定，但2004年修宪后，如为扩大基本权利保护范围，可以依照人权条款提炼现有条款中隐含的新的权利类型。当出现宪法和法律上没有规定的新的权利要求时，可依照人权条款做出必要的判断。不过他并没有对具体的判断标准发表意见，而认为不管什么标准都要守住“人的尊严和基本价值具有不可取代性”这个底线。夏正林认为，“基本权利”范式无法回答如下问题：一项权利是因为“最重要”还是“被宪法确认”所以被称为是“最基本的权利”。他提出应当用“宪法权利”这个价值无涉的概念取代“基本权利”这个不确定法律概念，凡是涉及公民与国家关系的权利，无论是否规定在宪法文本之上，都是宪法权利。参见夏正林：《从基本权利到宪法权利》，《法学研究》2007年第6期，第130页。

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

其二，如果国家所有权不是基本权利，那么代表国家行使所有权的主体能否享有基本权利？这个问题的争论同样十分激烈。李忠夏最近批评说，代表国家行使国有资产所有权的机构如果权利受到侵犯，应当通过政府内部协调机制来处理而不应当纳入司法审查，即便纳入司法审查，也应当适用“权限争议”程序而不是“基本权利”保护程序来解决相关纠纷。^[47]对于这种批评意见，要对代表国家行使所有权的机构进行具体分析，不能一概而论。

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

(2) 如果代表国家行使国有资产所有权的机构已经按照“政企分开”的原则，被改造成为一个脱离行政管理体系且完全按照现代企业制度运行的独立法人，那么当国家不是以股东而是以主权者/行政管理者的身份侵犯该机构的财产权时，就应当依照“财产权是否受到侵犯”程序而不是“权限争议”程序来处理纠纷，因为此类案件的本质不是两个公权力机关之间的权限纷争，而是公权与私权之间的纠纷。如果这类纠纷能通过行政诉讼解决，则无需上升到宪法层面。如果行政诉讼解决不了（如具体决定是依照法律或行政法规做出的），那么应当允许代表国家行使国有资产所有权的机构以诉诸基本权利的方式来保护自己的合法权益。需要看到，虽然宪法上的基本权利主要体现为公民和其他私主体对国家的防御权，但其并不完全排除承担公共义务或公共责任的公法人成为基本权利的主体，比如，在德国，公立广播电视台和高校就可以援引基本法第5条第1、3项所规定的基本权利来防御公权力的侵犯。^[48]

(3) 当然，赋予代表国家行使国有财产所有权的机构以基本权利，也会带来很多难以处理的问题（如该机构可以借由基本权利来对抗来自国家的合理要求），所以，对于是否承认混合所有制企业之类的机构具有基本权利的问题，在德国争议也很大，并没有明确的结论。对此，有德国公法学者提出，公法人是否享有基本权利，必须要从这个机构或者法人“所执行的任务以及其相对于国家的法律独立性”，相关纠纷“是否以及在多大范围内存在

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

[48] 参见前引[41]，黑塞书，第233页。

典型意义上的基本权利妨害状态”，以及这个机构的活动方式等多个角度来加以考察。^[49] 笔者同意这种意见。另外，即便是承认代表国家行使所有权的机构享有基本权利，也应该对这种基本权利的行使设定严格的实体和程序要件（特别是不能违反设立该机构的目的），不宜允许这些机构轻易地动用这种“武器”。再以铁路总公司为例，国家设立该公司的目的是为了发展铁路交通，所以当国家要求该公司到条件极为恶劣（因此可能没有太多利润）的地区修建铁路设施时，无论其具体形态如何（国有独资企业或者混合所有制企业），都不能以作为基本权利的财产权受损为由予以拒绝或者提起违宪审查。

（三）国家所有权规范与国家所有权术语的区别

还有论者认为，即便是承认存在“国家所有权”，那也并不意味着其在民法和宪法上具有相同的含义。比如，赵世义在1999年曾撰文提出，宪法上的财产权只是个人取得民事财产权的不可转让、不可剥夺的资格，是民事财产权利交易的前提，并非财产权本身。^[50] 进入新世纪以后，这种观点被徐涤宇发展为“宪法上的所有权注重的是取得所有权的资格，是一种获得财产利益的可能性，它不明确地指向具体的客体，一个人并不因暂时没有财产而失去宪法上取得、占有和使用财产的资格”。^[51] 税兵也认为，宪法所有权是国家享有的积极权利，而非针对国家公权力的防御权，这种积极权利的本质是一种资格，而非权利本身。在其看来，宪法所规定的国家所有权是国家作为资源管理者和资源所有者双重身份取得民法所有权的资格。^[52]

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

之所以要在宪法上对国家所有权进行规范，首要的原因是为了在根本法中确定这个社

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

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

[51] 徐涤宇：《所有权的类型及其立法结构：〈物权法草案〉所有权立法之批评》，《中外法学》2006年第1期，第46页以下。

[52] 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。

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

由此观之，虽然“所有权”这个术语和概念发端于民法，但当其与“国家”联系在一起，并作为一种新的所有权类型被规定于宪法之后，这个术语的功能和对于社会的意义却发生了极大的改变。如果固守传统民法对于所有权功能和社会意义的界定，国家所有权确如有些学者所说的那样，是一个“怪胎”或者是对所有权理论的“异化”。但如果对现代宪法与民法的关系有更进一步的认知，接受民法以及其他部门法律有将宪法进行具体化的义务，那就应该看到，并非所有的所有权类型都被民法和民法理论所接受，如知识产权、企业所有权、股权就因为不是“单个的物”，至今仍没有被德国民法接受，我国的物权法也不接受股权、居民在银行中的储蓄等财产权是所有权。但是，不被民法和民法理论所接受的所有权并不必然要排斥在“所有权家族”之外。比如，依照德国联邦宪法法院的意见，德国基本法所保障的所有权，原则上包括由法律制度以此种方式赋予权利人的所有具有财产价值之权利，即权利人可以为其私益，依据自己负责的决定而行使由该权利所生的权限。故而，宪法上的所有权，不仅包括民法上的所有权，也包括如同限制物权而仅含有受限制之用益权能与变价权能的其他权利。另外，宪法上所有权的客体不仅仅是有形物，无形财产权、在不可把握之客体上所成立的版权、集合物、财团以及企业的财产权，也都受德国基本法第14条之保护。用德国联邦宪法法院的话来说，“民法法律制度，并不包含对所有权内容及其限制的终局性规定。在规定什么为所有权时，民法与公法彼此间起同等作用”。^[53]

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

[53] 转引自 [德] J. F. 鲍尔、R. 施蒂尔纳：《德国物权法》上册，张双根译，法律出版社2004年版，第518页以下。关于德国基本法中财产权与民法中财产权的异同，参见前引 [41]，黑塞书，第346页以下。

无需脱离民法理论另辟新径。

正是在这个意义上，笔者虽然同意“宪法在‘国家所有’问题上赋予了立法者以‘形成自由’”的论断，但宪法赋予立法者的“形成自由”是有边界的，不是“空白授权”，不能任由立法者进行“具体化”，不能像苏联那样不但赋予国家所有权以超出民法一般规则的特殊法律地位，而且任由国家凭借主权扩大国家所有权的权能。换句话说，虽然不同的法律会强调国家所有权的不同面向（如民法上的国家所有权与预算法上的国家所有权就可以各有侧重），但其不能违背国家所有权作为一项“财产所有权”的基本要求（如赋予国家所有权比其他所有权更优越的法律地位，或允许国家所有权在市场交易过程中不遵从民事交易的基本规则），也不能违背国家所有权的特殊功能（如允许管理国有财产的机构或者人员将国有财产用于私人用途）。事实上，这些对“立法形成自由”的限制正是“制度性保障”理论所追求的核心目标。^[54]

有学者希望引入德国法的“公物”概念来解释和完善我国的自然资源国家所有权制度。^[55]但即使在德国法上，公物（或公产）也并没有突破民法关于所有权外观、权能和法律地位的规定，其同样“适用民法典中有关所有权的规定。在可能的范围内，行政财产、设施财产和一般使用的财产也是私法财产权的客体”。“公物”的特殊之处只在于，其作为私法财产权客体的同时也处在公法支配权之下，而且在公物的功能和目的范围内，公物的私法属性要服从于公法属性。因此，德国学界将“公物”称为是“修正的私有财产权”，^[56]而非公法管理权或者公权力。

一些学者之所以希望将“国家所有权”解释为公法上的管理权，反对将国家所有解释为民法意义上的“国家所有权”，除了理论上的担忧外，主要是因为他们对行使国家所有权的主体没有将相关收益用于全民福利不满，或者担忧国家与民争利。应当说，这些问题确实大量存在。^[57]但解决这些问题的合理方案，应当是按照“让市场在资源配置中起决定性

[54] 在谈到所有权的“制度性保障”时，德国联邦宪法法院特别强调，“普通立法者在定义‘所有权’，构造所有权内容时，不得给私所有权内容塞进一些不符合私所有权名称的东西，以致私所有权名不副实。否则，普通立法者之活动即为违宪。故而，所有权制度保障所保障者，乃所有权在宪法上的最低存续状态，私法立法秩序对此最低存续状态，不得进行侵蚀。普通立法者不得将不存在的权利创设为‘所有权’；亦不得对已存在的私所有权，在内容上施加致使权利人不可能按照其意愿使用私所有权客体的限制。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[53]，鲍尔等书，第520页以下。

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

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

[57] 国家审计署2010年的审计报告就显示，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”（见国家审计署办公厅：《40个市地州56个县区市土地专项资金征收使用管理及土地征收出让情况审计调查结果》，2010年4月20日）。2014年度的审计报告则显示，各级政府的土地出让收入“通过收入空转等方式虚增1467.78亿元；支出中违规用于弥补行政经费、对外出借、修建楼堂馆所等7807.46亿元……此外，一些地方土地出让收支核算不够规范，有8358.75亿元滞留在财政专户或直接坐支”（见国家审计署：《2014年度中央预算执行和财政收支审计工作报告》，2015年6月28日，第十二届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议）。

作用”的要求，打破行政部门和国有企业对于土地、矿产等自然资源经营管理权的垄断，通过体制和机制的完善，确保国家所有权行使主体遵守平等、自由的市场交易规则，并确保相关国有资产收益用于公共物品的提供和公共服务的支出，而不是否定国家所有权是一种财产所有权。

四、通过立法形成具体化国家所有权

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

（一）国家所有权的种类和范围有待立法形成

虽然现行宪法所规定的“国家所有权”是一项民法意义上的所有权，但是特定的土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂或其他自然资源是否属于国家所有，依然需要借助法律对宪法的具体化来加以形成。将宪法第9条第1款和第10条第1、2款界定为“财产权授予规范”的意义正在于此，用更简洁的话来说，这两个条款为具体的法律提供了“形成式授权”。^[58]

具体来说，法律在此方面的立法形成主要包括三个方面：（1）哪些城市土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂可以属于国家所有；（2）除了土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂外，还有哪些自然资源可以属于国家所有；（3）具体的土地、矿藏等自然资源属于国家所有以后，权利如何行使、收益如何分配。上述问题确定下来之后，必须将具体的国有自然资源纳入不动产统一登记制度中进行登记，并加以公示。否则，即便立法者完成了法律具体化的工作，具体的自然资源也不能自然而然地成为国家所有的财产。在这个意义上，物权法第9条第2款“依法属于国家所有的自然资源，所有权可以不登记”的规定应当修改。德国法把这一立法形成过程称为“命名”（即确定哪些财产是公产，公产的公用目的是什么，公产的使用范围有多大等），真是再恰当不过了。^[59]

[58] 巩固最近提出，宪法第9条第1款“……等自然资源，都属于国家所有，即全民所有”的规范性质，“不是赋予国家以私权主体资格的基本权利条款，而是授予国家以公权力的权力条款”。其具体含义是“除列举的少数可归集体所有者之外，一切自然资源都属于国家所有。也就是说，国土范围内的各类资源，不论何种形态、何种位置、数量多少、可否控制以及是否已被控制、可否及应否特定化，都在国家所有范畴之内”（见巩固：《自然资源国家所有权公权说再论》，《法学研究》2015年第2期，第120页）。这种解释值得商榷。宪法第9条第1款和第10条第1、2款都是“财产权授予规范”，第9条第2款关于“国家保障自然资源的合理利用，保护珍贵的动物和植物。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源”的规定，第10条第3款关于“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿”的规定，以及第10条第5款关于“一切使用土地的组织和个人必须合理地利用土地”的规定才是“公权力授予规范”，即赋予了国家对自然资源产权的行使进行行政管理和进行征收的权力。王旭所讲宪法第9条第1款是“通过所有来规制”，第2款是“直接规制”讲的也是这个意思（参见王旭：《论自然资源国家所有权的宪法规制功能》，《中国法学》2013年第6期，第15页）。事实上，目前围绕“国家所有”所产生的争论，在很大程度上正是由于人们对宪法第9条第1款和第10条第1款的规范性质和规范含义存在不同的理解造成的。

[59] 沃尔夫等学者在谈到德国公产制度时特别指出，“命名是公产法的核心法律秩序，这种法律行为使财物成为法律意义上的公产，就此而言，命名具有创造性。”参见前引[56]，沃尔夫等书，第464页以下。

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

遗憾的是，立法者在处理水资源问题时并没有意识到这一问题。2001年的海域使用管理法第2、3条规定，海域属于国家所有，而所谓“海域”是指中华人民共和国内水、领海的水面、水体、海床和底土。2002年修改的水法第2、3条也规定，水资源属于国家所有，所谓“水资源”包括地表水和地下水，这意味着我国领土范围内的所有水资源都已经在财产法秩序中被界定为国家所有了。不过，在物权法的制定过程中，立法者对此则有所察觉。物权法草案修改稿第49条曾规定：“野生动植物资源属于国家所有。”有的代表和民法专家表示反对，法律委员会也认为，不加区别地规定野生植物资源都属于国家所有是不确切的，因此物权法第49条最终规定“法律规定属于国家所有的野生动植物资源，属于国家所有”。^[60]

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

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

（二）国家所有权行使机制和收益分配机制的立法形成

“国家所有”中的“国家”如何界定，或者说国家所有权由谁来行使，国家所有权的收益又应当如何分配？现行宪法对此是沉默的。1996年矿产资源法修改后，我国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、草原法的修改以及海域使用管理法的制定过程中，由国务院代表国家行使自然资源国家所有权成了一个立法通例。虽然立法者强调，之所以要增加由国务院行使国家所有权的規定，主要是为了明确地方各级人民政府不是国家所有权的代表，无权擅自处置国有土地，只能依法根据国务院的授权处置国有土地，^{〔61〕}但辽阔的地域使得上述规定仅仅停留在口号宣誓层面。在实践中，地方政府在没有得到明确授权和委托的情况下，径直代表国家在行使国有土地、矿产资源的所有权，而且大部分收益也是归地方所有的。^{〔62〕}另外，即便是由中央政府直接管理的中国石油等国有企业在代表国家经营管理国有自然资源时，也没有将大部分收益缴纳给国家。^{〔63〕}而且，目前正在代表国务院行使自然资源所有权的国土资源部、水利部、农业和林业部门也并没有明确获得法律的授权或国务院的委托，于是就出现了“国家所有地方化”、“国家所有企业化”、“国家所有部门化”等问题。

由于现行法律没有对自然资源产权行使主体和行使机制予以明确规定，现实中又有如此之多的自然资源财产权需要在市场上进行交易，在过去很长的一段时间内，一些部门不得不主动承担起相应职责来。土地管理系统在1980年代末代表国家建立国有土地有偿出让市场，就是一个例子。所以，问题的关键不在于批评和指责地方政府、国有企业或各个行政管理系统，而在于要为市场监管主体与所有权行使主体、中央与地方搭建合理的国家所有权权利行使体系和制度框架，从而确保国有财产及其收益可以为全民所共享，为“公民的自由和自主发展”提供制度、组织和物质上的保障。依照笔者的设想，国家所有权行使和运行机制的完善至少应包括“享有权、代表权和具体执行权”三个层面。

首先，要确立惟有全国人民代表大会及其常委会才是国有财产享有权主体的规则。这一点应该是一个常识，但却被现行法律所忽视。从土地管理法到水法、矿产资源法等法律，都没有关于这个问题的规定。在2007年的《关于物权法草案的说明报告》中，立法者解释说，“依据宪法规定，全国人民代表大会是最高国家权力机关，国务院是最高国家权力机关的执行机关。全国人民代表大会代表全国人民行使国家权力，体现在依法就关系国家全局的重大问题作出决定，而具体执行机关是国务院。因此，具体行使国家所有权的是政府，而不是人大”。^{〔64〕}

〔61〕 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。

〔62〕 1998年修改的土地管理法第55条规定，“自本法施行之日起，新增建设用地的土地有偿使用费，百分之三十上缴中央财政，百分之七十留给有关地方人民政府”。藉此，地方政府从国有土地的土地有偿出让中获得了大量的资金。据财政部财政科学研究所的统计，2000—2010年十年间，土地财政收入占地方财政收入的比重从9.3%增长到了66.73%。相关数据见许安拓、修竣强：《破解地方依赖土地财政的畸形发展模式》，《人民论坛》2012年第8期，第31页。

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

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

没有人会否认给国家所有权确定具体行使机关的必要性，但问题是，全体人民也需要有一个机关代表其来享有所有权，否则国家所有权在法律上的权利/义务结构，就变成了全民绕开全国人大直接将自己的财产所有权委托国务院行使了。

其次，要运用“辅助性原则”和“比例原则”来配置中央和地方在矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、土地等自然资源所有权行使领域的代表权，进而实现宪法第9条第2款和第10条第5款所确定的“国家保障自然资源合理利用”和“一切使用土地的组织和个人必须合理地利用土地”的目标。^[65]凡是能由地方代表国家行使所有权或由地方代表国家行使所有权更有利于自然资源合理利用的领域，应当由地方来代表国家行使相关资源的所有权，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所有权，如对于国家具有经济、生态等重大战略意义的国家公园、金矿、跨省域的国有林场、草原、铁路沿线土地等。如此一来，就需要打破“国家所有权在代表权和行使权问题上的统一、唯一和不可分割”理论，^[66]建立各种不同的可以代表国家行使所有权的机制和机构。当然，这就要打破只有“国务院才可以代表国家行使国家所有权”的迷思。事实上，在物权法的制定过程中，立法者已经注意到了这个问题，物权法第2条明确规定“国有财产由国务院代表国家行使所有权；法律另有规定的，依照其规定”。

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

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

[66] 孙宪忠曾对“国家所有权的统一性和唯一性学说”进行系统的批评，依照他的总结，“国家所有权的统一性和唯一性学说”，是指“只有代表全体人民的意志和利益的国家才可以享有国家财产所有权，中华人民共和国是国家所有权的统一的和唯一的主体，这是国家财产所有权的最基本的特征”。参见孙宪忠：《“统一唯一国家所有权”理论的悖谬及改革切入点分析》，《法律科学》2013年第3期，第59页。

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、地方政府管理的国有地方企业,还是受政府委托经营国有自然资源的民间企业,除了交纳正常的税收和留足一定的经营资本之外,还应当将剩余国有资产收益按一定比例交纳政府专项公益基金,^[67]然后由中央和地方政府用以改善各种教育、医疗、卫生事业、设施和公共服务。如此一来,国家所有权可以由市场主体来具体行使和经营管理,但作为所有权人,国家可以通过分享自然资源出让金和征收税款等方式来为全体公民的私人自主和私人自由提供物质保障。另外,行使自然资源国家所有权执行权的主体,不但应当接受行业监管部门的监管,还应当定期向同级人大汇报国有自然资源的保护、开发和收益情况。这就要求进一步改革和完善自然资源开发和利用的市场准入机制,自然资源的有偿出让和税收分配机制,以及政府性公益基金(比如国土基金)的运行和分配机制。

Abstract: The “state-ownership” in Chinese constitution refers to not just a property institution in the sense of economics, but also the ownership itself in the sense of property law. There is no difference in terms of legal status and structure of right between the state ownership under the constitution and that under civil law. However, as far as its function is concerned, state-ownership is indeed of a special nature in that it must provide the material and organizational guarantees for the freedom and autonomous development of the citizen, rather than work for the benefit of the state or the government, as Article 9 (1) of the Chinese Constitution states that “State-ownership is the ownership by the whole people”. More importantly, Article 9 (1) and Article 10 (1) & (2) give the state the ownership over certain kinds of natural resources. This does not mean that all natural resources within the territory of China belong to the state. Whether a kind of nature resource (land, mineral, water, forest, etc.) belongs to the state depends on the specific law to be enacted by the National People’s Congress or its Standing Committee. Before such a law is enacted, a specific natural resource is just a common property of the society outside the scope of the property law and state ownership. The state, on the basis of its sovereignty, has the power to make rules for its exploitation and use, but does not have the right to enjoy the property incomes from such resource as its owner.

Key Words: nature resources, state-ownership, the theory of ownership, interpretation of the Constitution

[67] 自1994年分税制改革以来,海洋石油资源税归中央,其他资源税归地方。不过,资源税的税率非常低。2006—2009年该税种占国家税收总收入比例分别为0.55%、0.52%、0.55%、0.52%、0.56%,几乎可以忽略不计。另外,自1980年代建立矿产资源有偿使用制度以来,除了资源税,国家作为国有矿产所有权人对于矿产资源的开采也仅收取探矿权、采矿权使用费,矿区使用费等有限的费用,这意味着国家不仅转让了勘查投资收益,而且将矿产资源所有权的大部分权益无偿赠予了矿产资源开发主体。相关数据见张维宸:《资源税改革正当时》,《中国矿业报》2014年7月29日B3版。