

# 国家所有权遁入私法：路径与实质

张 力<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**在公共财产法律关系被主要纳入民法调整范围，国家所有权参照私人所有权制度模式创立的条件下，私法技术对公共财产利用法律保障机制中必要公法规制部分的越位与挤占，便利了国家所有权行使过程中部分主体利用物权制度形式，掩盖其逃避宪法实施义务的行为。在社会主义初级阶段长期实施的经济赶超发展模式，对公共财产法的民法调整模式和国家所有权制度的过度依赖，以及对“全民所有”这一宪法规范要求的价值扭曲与效力消解，阻塞了“公有制—全民所有—国家所有权”的宪法实施路径。

**关键词：**公共财产 全民所有 国家所有权 遁入私法

---

## 引 言

公共财产利用的法律保障，是任何文明社会中都极为重要的法制任务之一，而这在社会主义国家意义尤其重大。我国宪法总纲部分规定了作为国家经济制度基础的生产资料社会主义公有制（全民所有制与集体所有制）（第6条），“国有经济，即社会主义全民所有制经济”在国民经济中的主导地位（第7条），作为经济社会发展基本条件的自然资源“属于国家所有，即全民所有”（第9条）及城市土地“属于国家所有”（第10条），公共财产（国有财产和集体财产）神圣不可侵犯（第12条）。负责落实这些宪法规范要求、形成具体制度的部门法体系极为庞杂，据考证，“国家所有”或“国家所有权”出现在29部法律和大量的行政法规中。<sup>〔1〕</sup>

在各部门法中，民法承担了最主要的实施宪法的任务。这一判断是基于：社会主义民

---

<sup>\*</sup> 西南政法大学民商法学院教授。

〔1〕 参见谢海定：《国家所有的法律表达及其解释》，《中国法学》2016年第2期，第91页。

法首创了生产资料全民所有制的特有法律表现方式——国家所有权，〔2〕并尊其为“整个社会主义民法所要研究的最基本的理论问题”；〔3〕在民事立法上形成了涵盖范围最为广泛的“国家所有权”制度体系。尚在物权法起草阶段，便有专家在关键性草案建议稿的“国家所有权”章中，以大量条文将过去民法通则、土地法、自然资源法、国有资产法、企业法等法律法规中涉及国家所有权、国有资产管理的条款全面整合，新增对公用财产、国家财政收入的国家所有权，以及所有权不明财产推定为国家所有的规定，扩充“国有企业的财产权”规定。〔4〕王利明就此解释说：专门与集中规定并不意味着特殊保护，而在于体现巨额的国家财产存量的现实国情；若物权立法回避之，“就等于将立法权拱手相让给行政立法，这不仅会有可能使国家和集体财产权制度具有更为强烈的行政色彩，而且也错过了以民法规范我国最重要物权的机会”。〔5〕此后颁布的物权法正是上述草案的简化版。通过国家所有权制度，扩张公共财产法中的民法调整范围，将公共财产利用的法律保障机制尽可能纳入民事立法与物权技术范畴，去公法化正是物权法实施以来我国公共财产部门法体系的重要特征。

公共财产的“任何实际利用都是公共事务”。〔6〕近年来，法学界针对国家所有权行使过程中存在的攫取公产、与民争利等权利滥用现象，〔7〕多从公法的角度展开反思：或发展出“宪法所有权—民法所有权”的“双阶构造说”，或要求国家所有权负担宪法上义务，或力求摆脱私权认识路径，将国家所有权在公法上重新定位，如认为自然资源国家所有权的性质实为“宪法性公权”，等等。〔8〕作为公共财产法律制度的组成部分，国家所有权的性质取决于其主要部门法渊源的公法、私法属性。在我国，国家所有权制度的主要部门法渊源就是物权法。在作为民法典基础性组成部分的物权法中，“所有权的一般规定”被前置置于“国家所有权”专章，意味着明确承认国家所有权的“民事权利”属性，并赋予其私法上“所有权”的权利内容。〔9〕无论是对国家所有权性质的解释论抑或立法论，都不能否认与

〔2〕 佟柔指出：国家所有权是社会全体成员共同占有生产资料的所有制形式的法律上的反映，是公有制社会的国家为了全体人民的利益对全民共同占有的财产享有的占有、使用、收益和处分的权利。参见佟柔主编：《民法原理》，法律出版社1986年版，第158页。西文中国家与财产间法律联系词汇很多，但“国家”与最典型主观权利的“所有权”正式直接组合却发生在社会主义苏联的民法中。Венедиктов. А. В. Право государственной социалистической собственности. М. : Издательство академии наук СССР, 1948. с317 - 318.

〔3〕 王利明：《国家所有权研究》，中国人民大学出版社1991年版，第3页。

〔4〕 如王利明主持起草的“中国物权法草案建议稿”。参见王利明：《中国物权法草案建议稿及说明》，中国法制出版社2001年版，第256页以下。

〔5〕 前引〔3〕，王利明书，第256页以下。

〔6〕 前引〔1〕，谢海定文，第92页。

〔7〕 参见程雪阳：《中国宪法上国家所有的规范含义》，《法学研究》2015年第4期，第105页以下；李忠夏：《宪法上的“国家所有权”：一场美丽的误会》，《清华法学》2015年第5期，第77页；徐键：《论宪法国家所有的规范涵义及其制度展开》，载《如何理解“国家所有”：〈法学研究〉青年公法论坛专题研讨会论文集》，2015年，第43页。

〔8〕 参见前引〔7〕，李忠夏文，第82页；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14页；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116页。

〔9〕 在物权法中，“国家所有权”（第二编第五章）的有关规定不仅整体处于“所有权的一般规定”（第二编第四章）的统帅之下，更处于“物权的概念与功能”（第一编总则第一章基本原则第二条）规制之下。国家所有权属于为解决物的“归属与利用的民事关系”，而被赋予特定权利人对物直接支配与排他的权利，国家对全部国有物享有占有、使用、收益、处分全部权利（权能），国家所有权属“民事权利”，均是国家所有权在实证法上的效力事实。

回避这一基本法律事实与逻辑前提。这也决定了对国家所有权系统反思的起点，是揭示民法对国家所有权的制度供给与国家所有权被私法定义现象之间的关联性，分析国家所有权中的私法技术如何成为国家所有权遁入私法的诱变机制。揭示国家所有权遁入私法的形成机制，对提升国家所有权制度改革方案的科学性与可行性有重要意义。

## 一、基于国家所有权主体的分析

### （一）国家所有权主体的唯一性、统一性

国家所有权主体的“唯一性、统一性”最早由前苏联民法学提出。其含义是：参照主权的不可分性，国家所有权不得在法律上被分割，而无论公共财产是被交给行政机关与国有企业实际支配，还是被公民个人直接利用。该原则并非旨在否认公民在公共财产利用法律关系中的主体地位，而是要控制公共财产直接控制人的物权确认与分割要求，防止私有化。<sup>[10]</sup>

这一原则在我国民法学中却偏离了原意。物权法第45条“法律规定属于国家所有的财产，属于国家所有即全民所有”，被认为属于同语反复的“废话型法条”。<sup>[11]</sup>在解释论中，该法条可理解为“全民所有的财产，其所有人只有一个，即国家”，“此为物权法知识的ABC”。<sup>[12]</sup>此种解释基本理由有三：国家法人观、一物一权原则、物权的绝对性与排他效力。首先，与“全民”相比，国家因其治理结构的特点而获得团体人格（法人），拥有取得所有权的权利能力，“全民”则无此能力。其二，根据一物一权原则，归属国家的公共财产无法在同等意义上归属全民。只有国家有资格成为“全民财产”的唯一和统一的所有权人，全民“不是也不可能民法上成为任何意义上的行为主体、责任主体”。<sup>[13]</sup>其三，在物权法上，全民及其成员是国家所有权法律关系中的义务人，其对“国有财产”的物权取得、份额分配、直接利用等主张，都可被国家所有权人籍由“物权绝对性”“物权排他性”而排除之。如此，通过物权技术上的解释论贬低全民在公共财产利益分享方面的法律资格及其正当性，给“全民所有”法律含义的逐步丧失打下了伏笔。

我国民法学界对国家所有权主体唯一性、统一性的批判从未停止。有学者指出，抽象的国家缺乏法人的“主体确定性”，作为所有权人的国家并不存在，存在的是公共财产实际支配机关的法人所有权。<sup>[14]</sup>这种批判无疑有其合理性，但或许与上述解释论在贬低全民及其成员在公共财产法律关系中的主体地位方面一脉相承。它针对国家作为统一所有权人提出的批判性论辩，与上述解释论否定“全民”的法律主体资格所给出的理由基本一致；它在试图剥夺国家整体的所有权人地位的同时，并未将公共财产法律关系中的主体资格在任何方面量化与返还给全民及其成员，而是确认机关、事业单位与国有企业的公共财产所有权人地位。垄断性国有企业、公共基础设施运营者、风景名胜区管理者，正是基于“法人

[10] 参见前引〔2〕，Венедиктов. А. В 书，第318页以下。

[11] 参见葛云松：《物权法的扯淡与认真：评“物权法草案”第四、五章》，《中外法学》2006年第1期，第54页。

[12] 尹田：《论国家财产的物权法地位——“国家财产神圣不可侵犯”不写入物权法的法理依据》，《法学杂志》2006年第3期，第11页。

[13] 单平基、彭诚信：《“国家所有权”研究的民法学争点》，《交大法学》2015年第2期，第41页。

[14] 参见孙宪忠等：《国家所有权的行使与保护研究》，中国社会科学出版社2015年版，第99页。

独立财产权”，将全民及其成员置于公共财产所有权人之外的“他者”地位上。

## （二）物权平等保护原则

“平等”是社会科学中最为抽象的概念之一，进入实证法的平等必须接受所在部门法的技术改造。物权法第3条“保障一切市场主体的平等法律地位和发展权利”即是对“平等”的技术改造：物权法只保障与财产的市场配置、流转有关的物权平等。苏永钦曾指出：“从民法的眼睛看来，在市场上流转的所有权就是所有权，从私法角度区分所有权是没有意义的。”<sup>[15]</sup>这是将物权平等围绕交换正义进行限缩解释：国家与其他民事主体在基于各自财产权的交易中应自由协商、等价有偿；在市场活动中所取得相同类型的物权，在其效力范围、行使方式、救济手段等方面平等。对物权平等保护进行限缩解释的理由在于，与主要维护交换正义与协商自由的合同法不同，物权法需要完成宪法规定的物质资料初始分配任务。在公共财产的初次物权配置问题上，原本就不具备在国家与普通民事主体之间实行私法上协商与平等的可能性与正当性。国家所有权为实现公共利益而在权能构造、行使方式、保护措施等方面的特殊性，也无从与普通私人所有权等量齐观。

但是，在物权法颁布前后，关于“国家、集体与私人所有权是否应平等保护”的论战，却为物权平等突破物权法第3条限定的交换正义范围埋下了伏笔。在这场论战中，“国家、集体与私人所有权平等保护”被上纲上线到反对“极左”思维对物权立法的破坏，捍卫改革与市场经济建设成果的高度上，<sup>[16]</sup>再被灌注进物权法第4条关于国家、集体、私人物权“受法律保护，任何单位和个人不得侵犯”的解释论中，令物权法第4条替换第3条成为物权平等保护原则的法源。笼统的物权平等保护令其在交换正义以外也可能被解释成立。民法学界认为，国家、集体、个人所有权的主体分类是为了反映生产资料所有制的不同性质，更多包含的是“政治意味”而不是“法学意味”，无论何种主体，所享有的所有权“性质相同”，保护方法就没有差异，这体现民法的“平等原则”。<sup>[17]</sup>

对普通民事主体而言，物权平等保护其实是无须物权法重申的法治原则与“法律面前人人平等”的应有之意，它并未消除我国公共财产法对普通民事主体在公共财产的归属、利用方面设立的限制。而对有关机构而言，扩大解释的物权平等保护却“好处”多多：它在不触动国家所有权规则中公法性特殊内容的同时，却赋予国家所有权平等适用私法所有权概念及其一般规则的正当性。在成熟的民主法治环境中，所有权特殊规则与一般规则的叠加可能促成公私法协力。而若缺乏这样的环境，这就可能成为公共财产利用过程中逃避特殊规则保障的公共性目的、滥用所有权一般规则实现小集团私益的技术条件。实践中不乏见到，国家所有权行使主体的机会主义、趋利避害的选择、剪辑国家所有权的规则组合与适用条件等现象。一方面，利用一般规则所赋予的法律能力（尤其是所有权的使用、收益与处分之私法上权能），最大限度地摆脱特殊规则中不便、不利己部分（如涉及国有资产监管，公共财产利益全民分享、监督，公共维持的成本开支等）的束缚；另一方面，又利

[15] 苏永钦：《大陆法系国家民法典编纂若干问题探讨》，《比较法研究》2009年第4期，第5页。

[16] 参见邱本：《当前我国民法研究中的几种错位——兼论法学研究方法》，《法制与社会发展》2016年第2期，第149页。

[17] 参见梁慧星：《中国物权法草案建议稿——条文、说明、理由与参考立法例》，社会科学文献出版社2000年版，第212页。

用特殊规则中便利自己的部分（如公共财产行政管理职能与公共财产致人损害的责任豁免）排除竞争对手、转嫁风险负担、强化收益效果。这使国家所有权行使过程可以自由穿梭于市场与管制之间，国家所有权行使主体可以方便腾挪于规则解释者与规则适用对象的双重位置上，在市场竞争中占据优势地位。

## 二、基于国家所有权客体的分析

### （一）公共财产的类型化及其意义

古罗马法已有“易产生法律关系的物或交易物”与“不易产生法律关系的物或非交易物”的分类。彭梵得认为，某物是否具备经济目的与可交易性，是判断一个民事主体对该物能否取得所有权的标志，故上述分类可落实为“可有物”与“不可有物”之分。<sup>[18]</sup>这一分类使得物的利用秩序出现两种法律调整模式：主要纳入基于归属的私法调整模式和主要纳入基于管理的公法调整模式。进一步，它也导致西方国家公共财产法上“公产”与“私产”财产基本分类的形成。

公产与私产的区分与财产归属国家还是私人无关，只与特定类型公共财产利用的法律保障机制主要纳入公法还是私法调整模式有关。公产与私产并非截然对立与边界清晰的两大类型集合。在公共财产法制史中，大体可以发现调整模式从公法典型性向私法典型性过渡的“公产—私产”类型序列：全人类共有的物（海滨、空气、水流、风、光等自然资源）<sup>[19]</sup>——人民可自由利用的公用物（如公园、图书馆、交通设施等）——人民可排他利用的公用物（如矿产、野生动植物资源、土地等）——公法组织为履行行政职能而排他支配的行政性公有物——国家企业为履行经济职能而排他支配的经营性公有物……私有财产。

这一序列对部门法的指导意义是，在公共财产利用法律机制形成过程中，引导公法与私法调整模式相互谦抑与分工协作的形成，防止任何一方的无限扩张。这在民法上体现为，对私法技术（尤其是所有权）在公共财产法中扩张的节制：其一，民法典明示公共财产公法调整优先，规定“法律没有特别规定时适用本法典”。其二，将公产调整规则前置于所有权一般规定，从而不当然适用所有权一般规则，如在意大利民法典中，“国家财产”被分为“公有财产”与“国有财产”，均前置于“所有权一般规定”。其三，将公产调整规则外置于所有权规则，如智利民法典第596条规定：“自测量领海宽度之基线起，延伸至海底深水、海床及海洋底的生物或非生物资源，以及为发展任何其他经济勘探和开发该区域为目的的活动，国家得在该区域内行使主权。”

### （二）“国家所有权客体无限广泛性”与我国公共财产的分类

我国也存在公共财产的公产与私产的事实区分。但是，宪法上是否存在针对不同类型公共财产的公私法调整方法侧重、技术工具搭配方式的指示，殊值怀疑。近来有学者针对

[18] 参见[意]彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年版，第185页；高富平：《建立国有资产分类规范的法律体系》，《华东政法学院学报》2000年第5期，第12页。

[19] 参见徐国栋：《“一切人共有的物”的概念的沉浮——“英特耐雄纳尔”一定会实现》，《法商研究》2006年第6期，第140页。

宪法第9、10条的字面差异进行目的解释：宪法上存在对自然资源“全民所有型国家所有”与对城市土地“非全民所有型国家所有”的区分。<sup>[20]</sup> 笔者并不赞同城市土地“国家所有”却又“非全民所有”的正当性，但这一分类尝试体现了对不同类型公共财产的法律调整模式的区分意图。若再加入对宪法第7条“全民所有型国有经济（企业财产）”的考虑，确有机会解释出宪法上公共财产利用的法律保障机制中，以公民参与公共财产利益分享的程度、无偿程度、排他程度等为区分标准的类型序列。

我国民法学长期受制于“国家所有权客体无限广泛性”成见，认为国家可以基于主权获得无限广泛的所有权客体，排斥“公共财产非国家所有权客体”在法律上的存在空间。在民法上，“‘公产’没有法律意义”而仅有“描述意义”，“从物权法的角度上讲”，公产仍属“行政主体的私产”。<sup>[21]</sup> 这令物权法很难形成对国家所有权客体范围扩张的自我节制理念，也难以接受公共财产的“公产—私产”类型区分。

根据标的物类型确定性，物权法将公共财产分为外延开放型公共财产（自然资源）与外延封闭型公共财产（非资源型公共财产，如公共基础设施、行政用财产、企业用财产等）。外延封闭型公共财产内部次级类型相对明确，且易于通过所在行业经验积累发现并总结其中新类型。而作为外延开放型公共财产的“自然资源”，面向未来“创造经济价值以提高人类当前与未来福利”，<sup>[22]</sup> 无法事先基于现有行业经验对其内部类型进行周延的列举。物权法第48—50条所确认的自然资源具体类型主要包括“矿藏、水流、海域”“城市的土地”“森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源”和“无线电频谱资源”。从发展的角度看，这些列举显然是不完整的，甚至被列举的具体类型也需进一步类型化（如矿藏），由此才会发生诸如“狗头金”、乌木是否属于矿藏、“风、光”是否属于自然资源的争议。

物权法第48—50条除增加“无线电频谱资源”，其余均为对宪法相关条文的照抄。无论效果好坏，立法既已完成，物权法对公共财产类型化任务也告完成。至于所遗留自然资源类型化不足问题，是再次授权物权立法修订，还是另授权公法部门（公物法）立法形成，应由宪法解释机关作出决定。在未作出决定以前，待决自然资源应属没有进入物权法/财产法秩序的社会共有物，不属于国家所有的财产。国家可对其基于主权及主权衍生之管理权设定开发和使用规则。<sup>[23]</sup> 这应是关于“乌木”“狗头金”“风光”等尚未类型化自然资源的法律纠纷处理的基本原则，也是在我国宪法上形成公共财产中公产与私产调整模式区分性解释的契机。

在我国物权法上，自然资源被归入国家专有财产。“专有财产”是指无须根据其他法律规定，仅根据物权法规定即可决定其归国家所有、纳入所有权技术路径的公共财产。这等于拒绝了宪法将自然资源继续类型化的任务转交其他法律来完成的可能性。本应公私法分工的公共财产类型化的立法形成工作，被物权法强行纳入其内部解释，形成对国家所有权客体“无限广泛性”具体解释的民法垄断。于是，实践中提起行政诉讼的“乌木案”，被受

[20] 参见瞿灵敏：《揭开宪法“国家所有”的面纱——宪法文本中两种不同类型的“国家所有”》，载《如何理解“国家所有”：〈法学研究〉青年公法论坛专题研讨会论文集》，2015年，第94页。

[21] 参见前引〔14〕，孙宪忠等书，第99页。

[22] 同上书，第383页。

[23] 参见前引〔7〕，程雪阳文，第105页。

诉法院以“属于所有权属纠纷，不属于行政诉讼受案范围”为由驳回了诉讼请求。<sup>[24]</sup>自然资源新类型发现的法律方案，本应由宪法作出选择，却被解释为仅属私法事务，自然资源被锁定在“公产—私产”类型序列的私产一端，阻碍了公法调整模式的介入。

### 三、基于国家所有权权能的分析

#### （一）对国家所有权私法上权能的限制

所有权是关于对物最一般主宰的归属性权利，属于绝对权与主观权利。这是私法文明演化的结果。任何基于所有权的制度重构，都必须与其保持起码的制度通约。在将公共财产区分为公产与私产的大陆法系国家中，这一规则通约性在公产与私产上的贯彻程度有所不同。对私产性公共财产，公共（国家）所有权与私人所有权的权利构造具有高度共通性；对于公产，其归属问题虽不是公物法的关注重点，但某些私法上技术，如公示公信、一物一权、继受取得、物权请求权等，也可为公物法在实现公共财产公益性目的时提供技术便利，<sup>[25]</sup>在公产上也可存在服从公法上目的的“修正私有财产权”。<sup>[26]</sup>

在苏联民法学中，国家所有权是被自觉区别于国家主权的民事权利，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”的绝对权。<sup>[27]</sup>国家所有权的苏联创立者认为，所有权与行政管理权的高度结合正是社会主义国家所有权的“最重要的特征”。<sup>[28]</sup>苏式国家所有权制度政资不分、政企不分的流弊，被俄罗斯民法继承下来。在俄罗斯民法中，“国家所有权”被“公共所有权”概念取代，公共所有权除平等享有所有权一般权能外，还有特殊管理权能。“管理”在上世纪30年代被维涅吉可托夫通过改造行政管理理论而引入民法学。俄罗斯公共所有权管理权能的内容，包括在国家机关与企业之间调拨与调剂，变动类别，维持、变更和废止指定用途，移建与改建，产籍管理，解决公法人间产权划拨与调剂纠纷，收缴未被使用与闲置财产，决定私有化等。依权力来源，管理被分为行政上管理与对前者形成监督的权力机关管理两个层次。管理权能与所有权的一般权能间的关系是：它不是与其他几项权能同一位阶的权能，而是令其他各项权能得以不同于私人所有权的方式运行的目的性约束，贯穿于公共所有权各项权能的运行过程的始终。<sup>[29]</sup>相对而言，资源、土地与行政性公共财产所有权中的管理权能侧重制约处分权能，以限制相关财产的流通性；经营性公共财产所有权中的管理权能侧重制约收益权能，以防止相关产业的官商化。

[24] 见四川省成都市中级人民法院（2012）成行初字第69—1号行政裁定书；四川省高级人民法院（2013）川行终字第18号行政裁定书。

[25] 参见程淑娟：《国家所有权民法保护论》，法律出版社2013年版，第127页以下。

[26] 参见〔德〕汉斯·J·沃尔夫等：《行政法》第2卷，高家伟译，商务印书馆出版社2002年版，第474页。

[27] 参见〔苏〕C. H. 布拉图西等主编：《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。

[28] 参见前引〔2〕，Венедиктов. А. В书，第317页以下。

[29] 管理权能与处分权能的关系可解释为：它既是公共财产被设定与改变用途、法律地位（处分）的效力来源，又是上述处分过程中财产利用人或其他利害关系人必须服从这种处分（在私人所有权场合这种服从就因受到合同与在前处分的作用而不明显）的约束力，排斥民事可诉性的效力来源。Суханов. Е. А. Гражданское право: В 2 Т. Том 1: учебник. М.: Издательство БЕК, 2003. с. 556.

将管理权能嵌入国家（公共）所有权不是为了赋予国家所有权以公权、特权禀赋，而是为了对所有权普通权能进行限制。究其原因，按梅迪库斯的说法，“在私法中，占据主导地位的通常是那些自由的、不需要说明理由的决定”，<sup>[30]</sup>一个决定无须说明理由即可产生法效的最好权利基础正是“所有权”。正是在这个意义上，人们爱把以所有权为核心的私权释为“主观权利”。<sup>[31]</sup>然而，显然不能允许国家所有权的行使主体“不需要向人民说明理由”即可作出决定。为此，必须向自由主义的所有权嵌入合目的性规制：通过对国家所有权嵌入管理权能，将一向缺乏目的性的所有权驯服在公益性“目的财产”的制度路径上。

## （二）我国国家所有权与行政权的两权分离

计划经济时代的中国也曾长期坚持行政权与国家所有权的高度结合。这被认为是苏式民法传统对我国负面影响的结果，是计划经济体制的法律表现形式，从而是改革的对象。改革的目标是实现“政资分开”“政企分开”，实现国家所有权与行政权的分离。“行政权向经济生活的贯通和作用不再借助国家所有权这一媒介与载体，而是通过法定化的关系和程序……同时国家所有权也不再利用行政权力因素的内涵和行政结构关系的外延来实现财产权利的流转。”<sup>[32]</sup>这一改革在破除国有资产管理体制“统得过多，管得过死”的弊端，将国有企业转型为现代企业法人与市场主体，塑造公共财产的合格用益物权人，提高公共财产利用效率等方面，曾发挥过重要作用。但是，随着严格的计划体制逐步退出历史舞台，其矫枉过正的副作用也日益显现。

### 1. 公共财产公益性目的维持机制弱化

适当的管理权能对所有权一般权能行使过程的规制，是公共所有权合目的性考量机制的重要组成部分。国家究竟作为一个民事主体享有所有权，还是作为一个独立于社会的公共权力的执掌者而享有财产权，是难以绝对分开的。<sup>[33]</sup>行政权借助“国家所有权这一媒介”向经济社会贯通，不仅是事实，也是对公共财产的管理效率要求使然。没有任何发达国家的经验能够证明，面对海量公共财产集合，先验地分割出独立的公法上与私法上权能，再将这些权能分别托付给相互独立的国有资产行政管理人与私法上的国家所有权人分别行使，更能实现公共财产利用中的高效与公平。

我国的改革方向，是通过不断的机构创新，创造出“不行使行政权”的国家所有权行使中介主体，将其置于国务院等国家所有权行使代表机构与国有财产的实际利用人、支配人之间，期望以此阻截、过滤公权力向公共财产最终利用环节的渗透，恢复国家所有权私法上权能的本质。而这可能也正是公共财产的实际利用人、支配人所希望的。当国家所有权行使的各微观环节的内部管理权能，被集中并外置于国家所有权一般权能的行使过程，变为所谓外部行政监管手段时，不仅这种外部行政监管丧失了其针对性、专业性与追踪性，摆脱管理权能有效束缚的使用、收益、处分权能也因失去了有效的公益性目的的考量，退化为一一般所有权，使得直接控制人更有机会趁虚而入甚至监守自盗。

[30] [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第7页。

[31] 参见孙宪忠：《德国当代物权法》，法律出版社1997年版，第5页。

[32] 单飞跃：《试论行政权限结构与国家所有权》，《法学评论》1998年第6期，第53页。

[33] 参见前引[3]，王利明书，第9页。



## 2. 阻碍公共财产利用宪法监督机制的形成

我国法律规定由国务院、中央军委和地方政府分别、分级代表行使国家所有权，这宣告了要在国家所有权行使主体层面上实现行政权与国家所有权分离的不可能。在国家所有权的一般权能与具有强烈行政色彩的管理权能之间存在日常性紧密联系的前提下，通过外在于行政系统的公共力量实现对国家所有权中管理权能的监督，就显得尤为重要。体制弊端的症结并不在行政权与所有权结合本身，而在对政府主导的公共财产管理过程来自权力机关的外部监督的缺位，这导致管理权能可能失去对国家所有权行使中过度商业化倾向的警戒、校正效能，甚至本身变为寻租标的，成为官商合流的推手。这也说明，公共财产利用的最终法律保障机制，必须以能直接反映人民利益诉求的民主与法治为基础。<sup>[34]</sup> 易言之，须由全国人大与地方各级人大根据“一切权力属于人民”、公共财产“全民所有”的宪法规范要求，对国家所有权行使全过程进行合宪性考核与监督。

面向建立政府行政体系内部职能分工的国家所有权与行政权分离改革，掩盖了各级权力机关对政府主导的日常公共财产管理、运营的外部监督机制的专门性与重要性。国家所有权运行的监督机制与“全民所有”的宪法规范要求渐行渐远。人民只知公共财产的“国家所有”，而不知“全民分享、利用”。人民对国有财产因一般无利可图而漠不关心，而一旦有空子可钻又群起攫取私分的矛盾现象广泛发生，就不奇怪了。

## 四、基于国家所有权行使的分析

根据社会主义基本经济制度的要求，对农业、手工业与资本主义工商业的社会主义改造，以生产资料公有制替代私有制，是为了消灭剥削，提高资源利用效率，满足人民群众日益增长的物质文化需求。因此，社会主义国家应当是公有财产的公共信托人。国家应当以比财产私有制更优的财产利益分配方案，复权还利于民，实现公共财产利益的全民分享。从世界范围来看，随着福利国家时代的来临，公民对公共财产利益的分享要求逐步由反射利益向包含请求权乃至诉权内容的社会经济权利过渡。<sup>[35]</sup> 因此，国家负有针对性地作出公共财产利益返还与分享制度安排的宪法义务，保障公民对公共财产の利用需求可以通过自由使用、许可使用或特许使用的方式实现。

国家所控制公共财产规模越大，上述宪法义务也越重，要求通过部门法创设的制度工具也应越丰富。在这些工具中，行政许可被认为具有公、私法上的“双阶构造”：在外部构造中具有创设效果，内部构造中具有协商合意特征。<sup>[36]</sup> 这使行政许可具备了对公共财产国家所有人为“他人”创设他物权（或他主占有）的私法上授权协商机制的规制能力。这推动了行政许可的物权化，但也预埋了私法上物权技术反噬行政许可制度价值的风险。公共财产的“公有化—许可—自由、许可与特许使用”利益分享路径，与公共财产“国家所有

[34] 参见前引〔1〕，谢海定文，第92页。

[35] 参见陈国栋：《法律关系框架中的自然资源国家所有权》，载《如何理解“国家所有”：〈法学研究〉青年公法论坛专题研讨会论文集》，2015年，第268页以下。

[36] 参见前引〔7〕，徐键文，第49页。

权—授权—他物权（或他主占有）”的利益传递路径之间的区别在于：在行政法上，行政许可的可设项目“法无授权即禁止”，这在公共财产利用上形成的反射利益便是，在法律明确规定须许可才允许的利用方式以外，人民对公共财产的非排他、非营利性利用应皆自由，公共财产利用中的剩余利益应归属人民——“法无禁止即自由”。但在民法上，因所有权的绝对权性质及物权平等保护要求，国家所有权的行使原则上“法无禁止即自由”，这在公共财产利用上形成的反射不利益便是：除非法律明确限制国家所有权行使主体的自由，否则，国家所有权的行使主体具有向利用申请人授权或不授权的自由。申请人居于公共财产关系中被动与消极的地位，公共财产剩余利益属于“国家”，对人民而言，对公共财产利用“国家不授权即禁止”。

公共财产的国家所有权行使路径限制了人民对公共财产利益分享的进入范围与程度，许可的物权化更削弱了许可制度在公法上的公益性价值。针对国家所有权行使路径对宪法理想中公共财产利益社会分享路径的反噬，须有法律上的制约。这就如在苏联向俄罗斯社会转轨时期，其公共财产“国家所有权”向“公共所有权”制度转型过程中所见到的。

国家所有权制度在社会主义苏联正式建立，是将公共财产利用的法律保障机制主要托付给民法调整模式与物权技术的政治决定使然。国家所有权的主要任务是通过私法上的绝对权（所有权）技术路径，在保障国家对数量庞大、类型众多的公共财产绝对控制的前提下，令其有序、可控、分类地由政治生活进入经济领域、生活领域。<sup>[37]</sup>苏联解体后，对公共财产的公益性目的做出重新解读的俄罗斯，公共财产利用的法律保障机制仍旧延续了历史上的民法路径。只不过，为了化解历史上形成的巨大公共财产库存压力，扭转继往国家所有权行使过程中公民在公共财产利益分享法律地位上的劣势，完成公共财产剩余利益返还于民的新宪法任务，俄罗斯民法典及单行法针对物权的绝对性、排他性规定了较为完备的限制性措施，造就了公共财产法制史上内容最丰富的公共（国家）所有权实现方法体系：第一，对于自然资源公共所有权，通过规定公民非排他的自由利用权、“公众可采集物”的先占权、排他性资源使用权，以及矿产品分成协议请求权，来实现其目的；第二，对于土地与基础设施公共所有权，通过规定公共地役权、公法人“永久土地使用权”、私人“可继承的土地终身占有权”，以及私人土地所有权取得权，来实现其目的；第三，对于机构与企业用公共财产所有权，通过规定机构的业务管理权、国库企业的业务管理权，以及单一制企业的经营权，来实现其目的；第四，对于国家股权，通过规定公司所有权、公民的预算监督与私有化参与权，以及国有企业利润分配权，来实现其目的；第五，对于待私有化公共财产（一般单一制企业财产及其他待私有化财产）所有权，通过设立公民的私有化分配权、知情与监督权，来实现其目的。

上述公共所有权实现的方法体系具有四大校正性特征：其一，重视规定与保障公民对公共财产的非排他、自由利用，充分赋予公民对公共财产的所有权取得资格，着重规定了社会转型时期公民的私有化参与权。政治上被戏称为“共产主义的最后礼物”的“私有

[37] Петров. Д. В. Право хозяйственного ведения и право оперативного управления. СПб. : Издательство «Юридический центр Пресс», 2002. с. 28.

化”，在法律上被严格规定为公共所有权处分权能的特殊形式与公共所有权实现方式之一。<sup>[38]</sup>其二，限制“特许的物权化”，防止被特许人利用物权绝对性排斥国家干预与公民的非排他利用，如将采矿权降格为债权性的“矿产品分成协议请求权”。其三，限制公法人财产权，行政机关、其他公共机构与在俄罗斯被纳入公法人之列的国库企业、一般单一制企业，不仅不享有法人所有权，对所支配公共财产也不享有真正的私法上他物权，仅享有由公共所有权管理权能派生的经营权与业务管理权，以保持国家对公法人事业目的的约束，防止这些公法人利用法人财产权对公众设置不当经济壁垒，或者推卸往往导致其“亏本”的公用事业维持职责（俄罗斯单一制企业法第8条第4款）。其四，公共财产的公众分享与取得实行有偿与无偿相结合，在涉及满足公民基本生活生存类需要方面（主要是居住用地、公众用自然资源与基础设施、私有化参与资格等方面）以无偿或廉价为原则。<sup>[39]</sup>

我国当前国家所有权的实现路径包括：第一，对于资源性公共财产国家所有权，通过规定经营主体的排他性资源使用权（探矿权、采矿权、取水权、养殖权、捕捞权等等），以及公民日常性少量取水、取矿（土、石）自由，来实现其目的；第二，对于城市土地国家所有权，通过规定公益性建设用地的划拨使用权与非公益性用地的出让使用权，来实现其目的；第三，对于行政性公共财产国家所有权，通过规定机关与事业单位法人财产权来实现其目的；第四，对于经营性公共财产的国家所有权，通过规定国有企业法人财产权，来实现其目的；第五，对于营建性基础设施（道路、桥梁等）国家所有权，通过规定投资主体特许经营权，来实现其目的；第六，对于自然公用基础设施（景区等）国家所有权，通过规定承包经营主体特许经营权，来实现其目的。

我国国家所有权制度在行使路径的“所有权—他物权”技术路径方面，表现了与苏、俄的相似性。但是，这并不能掩盖其与俄罗斯公共所有权制度相比，在兑现宪法承诺的能力与意图方面的区别。

第一，羸弱的公众自由使用与强大的被特许主体用益物权。我国国家所有权行使路径突出了物权绝对性与“特许的物权化”思路。<sup>[40]</sup>向少数被特许人创设用益物权，被认为是实现公共财产社会利用的最基本法律工具。<sup>[41]</sup>相对来说，公众对公共财产的直接、自由使用在法律规定中极为罕见。<sup>[42]</sup>物权法缺乏“无主物”“无主物先占”“公共地役权”等制

[38] 俄罗斯财产所有权法第25条规定：私有化是“国家所有和市政组织的财产通过法定程序变为法人所有和公民所有”。按照《俄罗斯私有化纲要》的规定，私有化要实现以下7个重要目标：（1）形成一个私有者阶层；（2）提高企业的经济效益；（3）利用私有化的收到的资金建立社会保障体系；（4）促进国家财政状况的好转；（5）提高竞争力、经济非垄断化；（6）吸引国外投资；（7）为私有化创造条件、建立良好的组织体系。俄罗斯民法学者认为：私有化的政治意义是促使有产阶级（中间阶层）的产生，经济意义是创造适合竞争的商品生产者，公共意义是作为财政收入的补充来源（用其收入支持诸如住宅基金之类），社会意义是保障民众（社会）分享国家财产利益。私有化必须体现比保留公共所有权现状更高水平的，对国家、社会与民族的公共、根本、长远利益的实现能力。参见前引[29]，Суханов. Е. А. 书，第101页。

[39] 关于俄罗斯公共所有权行使的方法体系，可参见张力：《社会转型期俄罗斯的公共所有权制度——兼论公共所有权与私人所有权的制度关系》，《法律科学》2009年第2期，第125页以下。

[40] 参见应松年：《行政权与物权之关系研究——主要以〈物权法〉文本为分析对象》，《中国法学》2007年第5期，第66页以下。

[41] 参见谭启平主编：《中国民法学》，法律出版社2015年版，第324页。

[42] 参见张建文：《转型时期的国家所有权问题研究：面向公共所有权的思考》，法律出版社2008年版，第347页以下。

度规定。公共财产上用益物权的排他效力强大,既包括对来自国家所有权人的公权性干涉与来自其他民事主体的私法上干涉的合法排斥,也包括对作为非权利人的社会公众直接利用的排斥。现实中不乏这样的情况:采矿权人阻止公众因生活需要而对矿产品的少量取得,风景名胜区以所谓“特许经营权”“承包经营权”阻止公众自由进入,既有封闭住宅小区以建设用地使用权业主准共有为由拒绝非业主自由通过,普遍存在的城市公共道路上圈地设立所谓“收费管理权”排除公众自由停车,等等。这固然也形成了公共财产利用中某种事实上的秩序,但更造成公共财产分享的优先(用益物权人或实际管理人)与劣后(作为用益物权义务人的公众)的差序格局,提供了公共财产用益物权人事实上垄断公共财产利益,排斥社会公众分享、不与民利的合法根据,诱发公共财产用益物权向“事实上所有权”的异化。

第二,法人财产权的物权化。我国物权法将法人财产权仿如他物权,使公共财产法人财产权取得了物权的绝对性与排他效力。那些无偿占有大量公共资源而又热衷强调私益化的自主地位的国有企业,正是凭借物权化的法人财产权的绝对性、排他性,拒绝公众的监督、股份制改造参与及利润分享等要求。与此同时,面向政企分开的国有企业改革创造了漫长的经营性国有资产所有权行使链条:国家所有权代表人(国务院与地方政府)——实际管理人(国资委及地方国资管理机关)——各类政府性资本平台、集团公司、控股公司——运营公司——资产运营控股公司——资产运营实业企业——子公司。花样翻新的投资机构、资本平台与复杂金融技术间的刻意组合,繁复冗长的资本运营链条蔓延,极大增加了国有资产运行与监管的成本与难度,构筑了面向普通公众乃至监管部门的专业壁垒,却方便了国有企业内部少数贪腐分子混淆视听、掩盖国有资产非法流失之实,帮助了极少数国有企业异化为中饱私囊、罔顾民生、对抗中央、阻碍改革的“官商公司帝国”。<sup>[43]</sup>

第三,国家所有权收益权能的滥用与公共财产社会利用的交易化。在公共资源相对稀缺与国家财政供给相对不足条件下,公共财产公众利用的有偿性可以提高有限公共资源的利用效率。但我国的问题是:有偿利用遍及公共财产的全部类型,公共财产利用中的收费权形成随意、期限较长甚至无期,民生性公共财产使用代价高昂。

以城市居住用地与公共基础设施为例。根据物权法,商品住宅建设用为“经营性用地”。虽然公民居住用地需求具有典型的生存保障性与非经营性,但我国实行开发商在“一级市场”垄断拿地集中建设,在“二级市场”向城市居民分散销售商品房的开发模式,禁止城市居民自建房及为此取得土地使用权。城市居民的用地申请只能被开发商集中“代表”向国家提出,其用地需求的非经营性由此被开发商开发行为的经营性掩盖与替代。开发商取得土地使用权,须参与土地使用权出让“招拍挂”的竞价程序,价高者得地,于是各地“地王”频出,而其实质是国家土地所有权收益权能泛滥。一级土地使用权人(如开发商)通过向土地终端使用人(居民)出售商品房所有权,将土地使用权出让金摊入房价而向社会公众转嫁。高涨的地价已构成高房价的重要组成部分,严重增加城市居民居住成本负担、挤压社会消费空间、损害社会公平与发展。与此同时,针对土地使用权的有期性,物权法

[43] 参见张力:《法人与公司制度融合风险的法律控制——兼论实现国家公司公益性的法人制度支持》,《现代法学》2013年第2期,第82页以下。

第149条仅规定住宅建设用地使用权期满后“自动续期”，未明确是否续交土地使用权出让金这一关键问题。这一物权立法漏洞本应通过面向“全民所有”的宪法规范要求进行合宪性解释来填补，却被少数地方政府在行政行为中擅自“填补”为：为“防止国有资产流失”，终端土地使用权人应在土地使用权期限每一届满一续费。这不仅会使高房价及土地财政永久化，同时可能导致，某些对土地财政高度依赖的地方政府与绑架金融安全的房地产开发商结成牢固的利益共同体，锁定在房价看涨、官商连带路径上，彻底阻断了地价与房价回落之路。

在公共基础设施方面，中国既有引以为傲的全世界最长里程的高铁，也拥有全世界最长里程的收费公路。<sup>[44]</sup>公路、桥梁等交通设施属典型的公共产品。国家负有与其财政支付能力相适应的，向社会提供基础设施的义务。在理想状态下，基础设施的有偿使用问题，主要不应体现在基础设施所有人（国家）与利用人之间的民事交易关系中，而应体现在公民与政府间的纳税与公共事业委托关系中。只有当社会对基础设施的供给要求超出了同时期政府税收的正常支付水平，才应辅助性地引入社会资本，如“贷款修路、收费还贷”、PPP等模式。将基础设施的营建任务交由作为社会融资平台的项目公司，项目公司获得一定期限内以对终端使用人收费为主要内容的特许经营权。基础设施特许经营权的合宪性来自于，因交易性收费而被抬高生活成本的公众获得了国家将因此节约出的财政成本转移到更关键的公共服务领域（如居住、教育、养老、医疗等）的福利补偿。而我国的问题是：在GDP多年保持高速增长的同时，基础设施投资中政府财政所占比例反而持续下降；一些收费还贷的基础设施在收费期限届满后，其收费权却被以种种理由继续保留，成为运营主体的盈利手段与内部福利的财源；一些地方政府将有限的财政收入优先投入垄断性营利事业，造成财政困难的既成事实，再将基础设施与服务无奈推向特许经营模式；特许经营模式甚至被推广到旧有财政营建基础设施、非营建性自然与人文景观的运营方面；<sup>[45]</sup>部分城市大量出现公用道路被来路不明的“管理者”依据来路不明的“管理权”圈地收取停车费的情况，等等。

面对公共基础性服务中各类“买路钱”日益泛滥的局面，现有法律不仅没有对国家所有权收益权能进行限制，没有赋予使用人对抗公共财产用益物权人、特许经营权人与各色“来路不明”的实际控制人的“收费权”的抗辩权，反而不断为国家所有权收益权能的滥用创造合法根据。物权法责成国有资产管理部门“加强对国有财产的管理、监督，促进国有财产保值增值，防止国有财产损失”，而对国有财产管理者、实际控制人扩大与滥用国家所有权收益权能、阻隔公众利用，没有任何禁止性规定。若照物权法第57条的文意解释，城市住宅建设用地使用权到期自动无偿续期、已过收费还贷期限高速公路免费通行、风景区的人民自由进入，诸如此类的惠民措施都可能因导致国有财产账面贬值、流失，或至少由于收不上费而账面增不了值，成为禁止对象；而放任国家所有权的收益权能，让国家所有权行使主体、实际控制人当起“包租公”，甚至异化为公共财产实质上的所有权人，反倒因为使国有财产账面保值、增值，而可成为物权法允许甚至鼓励的对象。

[44] 关于“全世界70%收费公路在中国”的说法，早在2007年就已出现，参见童大煊、胡杨：《中国的收费公路占了全世界70%》，《中国经济周刊》2007年第30期，第50页。

[45] 参见前引〔14〕，孙宪忠等书，第429页以下。

## 五、国家所有权遁入私法而致滥用的实质

### （一）国家所有权滥用的实质

国家所有权滥用的实质，是私人所有权的滥用倾向在国家所有权中的继受与放大。在社会主义民法学中，国家所有权制度正当性是以生产资料私人所有权的滥用倾向为假设前提的。19世纪，在欧陆、拉美等地兴起的民法法典化运动均继承了法国民法典倡导的自由主义所有权制度。自由主义所有权的假设前提是所有权的私人性质、个体性质，以及经济制度上的市场经济体制，即“所有权与契约结合营资本之机能”。<sup>[46]</sup>在批判者看来，私人所有权作为对物“最一般的”、“无须说明理由”、“内容无限可能”的“绝对权”“对世权”的概念表达方式，是对权利人在追求个人利益最大化过程中背弃社会共同价值的“工具理性”的肯定。<sup>[47]</sup>近代以来，民法典治下的市民社会并没有成为人人自由的乐土，而是成为少数大资本拥有者滥用支配、铺张浪费、奴役人格的身份世界。私人所有权无可避免的滥用倾向，正是马克思主义得以总结出公有制必将代替私有制的社会发展规律的经验基础。

然而，当马克思主义经典理论进入苏俄国家实践，革命者很快发现，与生产资料公有制（“全社会共同占有生产资料”）相匹配又可行的新法律表达工具并不能从理论上臆造时，又不得不将本是其批判对象的私人所有权嫁接到新兴社会主义国家上，创造出“国家所有权”的概念。虽然像“有什么样的所有制就有什么样的所有权”这样的“一体两面论”，可以赋予国家所有权以理论上的正当性与优越性，但没有任何历史证据可以证明，国家所有权行使主体可以比一个自然人或私法人的机关在抵御所有权滥用的诱惑方面拥有更强的免疫力。

更麻烦的是，在无法杜绝所有权滥用的诱发机制渗透的同时，国家所有权却很难获得与私人所有权制度相生演化而来的，对其滥用倾向的制衡机制的帮助。这些机制包括：所有权在民事主体间的分散与相互制衡、所有权的社会化运动，以及对所有权滥用的外部控制。其一，在私人所有权于社会中大体分散与均布的情况下，各个所有权的滥用风险可在相当程度上相互抵消，而国家所有权却是通过大量消灭私人所有权、集中优势财产规模而形成的，不存在与垄断性国家所有权之间形成制衡关系的他种所有权。其二，所有权社会化意在通过为所有权附加社会责任以降低其绝对性与滥用风险，但国家所有权向来以“公有制法律表现形式”以及对私人所有权的扬弃形式自居，因此缺乏对其进行社会化改造的必要。<sup>[48]</sup>其三，私人所有权滥用可藉由外部法制发现与控制，但国家所有权行使主体与政

[46] 林诚二：《民法制度与理论问题研究》，法律出版社2000年版，第138页。

[47] “工具理性”概念由马克斯·韦伯提出。韦伯主要运用“工具理性——价值理性”及与之相关的“形式合理性——实质合理性”、“责任伦理——意图伦理”等对应范畴，分析资本主义在经济、法律、政治以及精神领域的合理性，揭露工具理性吞噬价值理性所产生的现代性问题。这一批判路径后来被社会主义者利用为对整个资本主义世界及其文明核心的批判。参见[德]马克斯·韦伯：《经济与社会》，林荣远译，商务印书馆出版社1997年版，第56页以下；夏兴有：《现代性的历史境遇与中国特色社会主义道路的拓展》，《中共中央党校学报》2013年第1期，第8页。

[48] 参见张力：《所有权社会化对国家所有权制度的适用性》，《改革与战略》2011年第10期，第19页。

治国家的不可分性，使外部管制难免退化为国家机构内控，管制效果大打折扣。于是，虽然国家所有权在集中支配社会资源实现社会经济发展的某些量化指标上，可以在一定时期内走在世界前列，但曾经作为其扬弃对象的私人所有权的所有滥用形式，如剥削、垄断、浪费、低效、无序、弃权、惟利是图、身份区隔、贫富分化等，在国家所有权的运行中不少也已逐步显现，只不过因某种理论失察，这些滥用形式迄今未被正视与系统反思。

## （二）国家所有权滥用与民法体制中立观

在法学上对国家所有权滥用之实最为严重的理论失察，来自民法学中的“体制中立观”。民法体制中立是指，自古以来，民法具有“惊人的超越体制特质”，其人法、物法与债法历经拜占庭式的统治经济，中古行会组织的手工业，近代的国际贸易、重商主义和自由主义，以及20世纪出现的“社”“资”极端对立社会体制的洗练，“适用性并无太大改变”。在推崇者看来，体制中立赋予民法对各色政治力量迥异的价值追求袖手旁观，却又以普世技术工具为之服务，从容“入社入资”“出资入社”的能力。<sup>[49]</sup>其正面典型如德国民法典，它“无意甚至故意不关注时代提出的重大社会秩序问题”，<sup>[50]</sup>对国家进入民事生活的私法表达方式几乎只字不提。反映在对待国家所有权的态度上，即“所有权”具有对所有主体平等适用的工具通用性，所有权主体分类标准更多具有政治意义而非法学意义，对此民事立法应“袖手旁观”，国家所有权“类型”在民法上没有意义。<sup>[51]</sup>反之，类型化的“国家所有权”被认为是民法体系对外来专断意志过度开放而形成的“概念错乱”，<sup>[52]</sup>反映了民法的“政治偏见”与计划经济特色，其典型如苏联民法典。<sup>[53]</sup>

首先，上述认识忽视了民法体制中立与国家所有权价值立场方面的基本区别。奉行体制中立的民法并非没有自己的价值立场。民法对社会最重要的假定是人与人在交易中地位的互换性。<sup>[54]</sup>即便在扬弃商品经济民法观、代之以民法的市民法性质判断的学者那里，“市民社会”亦是论者按己所需，从纷繁复杂的哲学、政治学的市民社会理论集合中，截取出的自认为适合民法解释的片段。在我国、俄罗斯的民法学教材中，民法性质往往被标注为“市场经济基本法”而前置于“市民法”，<sup>[55]</sup>在日本等国民法中也可见类似表述。<sup>[56]</sup>故民法体制中立其实仅仅在最核心市场交易行为的法律调整模式方面才有说明力，<sup>[57]</sup>但社会主义国家所有权一开始就背负了限制市场经济的政治使命。如果连这样的政治使命都可以袖手旁观，无差别供给所有权制度工具，协助国家所有权在全部公共财产范围内组装完成，再把这说成是民法体制中立使然，岂不是对民法体制中立价值立场的根本背弃。

其次，它忽视了所有权与国家所有权制度形成过程的基本区别。邓正来在阐释哈耶克

[49] 参见苏永钦：《走入新世纪的私法自治》，中国政法大学出版社2002年版，第6页。

[50] 魏磊杰：《论民法典的保守性》，《甘肃政法学院学报》2011年第5期，第61页。

[51] 参见前引〔17〕，梁慧星书，第212页。

[52] 参见朱岩：《社会基础变迁与民法双重体系建构》，《中国社会科学》2010年第6期，第161页。

[53] 参见杨立新：《编纂民法典必须肃清前苏联民法的影响》，《法制与社会发展》2016年第2期，第137页。

[54] 参见梁慧星主编：《从近代民法到现代民法》，中国法制出版社2000版，第171页以下。

[55] Толстой. Ю. К. Гражданское право: В 4 Т. Том 1: учебник. СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс» 2006. с 27.

[56] 参见〔日〕星野英一：《民法劝学》，张立艳译，北京大学出版社2006年版，第24页以下。

[57] 德国等国家的民法典再编纂以及欧洲统一民法典编纂获得推动，主要是围绕建立“统一市场”展开的债法现代化，物权与家庭等部分则困难重重。参见前引〔50〕，魏磊杰文，第61页以下。

的法律思想时指出,“私法乃是行动者在文化进化过程中发现的结果,而且任何人都不能发明或设计出作为整体的私法系统;换言之,在私法领域中,千年以来所发展的乃是一种认知和发现法律的过程”。<sup>[58]</sup>“所有权”正是财产关系中的行动者历经千年“发现”的重要法律制度。国家所有权却是要给私法所有权这一发现楔入变革因素,被社会主义民法学“发明”出来的。关于私人所有权制度可通用于国家所有权的判断本身,显然并不来自于孕育民法体制中立的私法发现过程,而来自于决定设计国家所有权制度的政治意图。

中国民法的社会主义性质无可回避。民事立法既无法拒绝社会主义国家通过设计国家所有权制度,利用民法制度资源完成公共财产管理任务的政治决定,民法学界亦无力改变公共财产法律关系被主要纳入民法调整的立法安排。然而,夸大所有权概念通用性,淡化国家所有权的社会主义烙印,会带来国家所有权“一般化”,使制衡国家所有权滥用的特殊规定在物权法中无所依托。长此以往,虽然从本质、宪法评价与最终效果上看,国家所有权确实不能向国家提供在“内部关系上”独立、外在于其成员的民事主体资格,以及国家就公共财产与内部成员进行交易的正当性说明,在“宪法公有制的硬约束之下,国家所有权并不能解决公有物的内部利用问题”,<sup>[59]</sup>但从现象、暂时效果与社会宣传上看,它确实可以利用民法技术,利用人民对所有权制度定分止争功能的广泛认同,利用物权平等保护,将国家与其人民的内部关系描绘为平等主体之间的外部交易关系。

要特别说明的是,物权法虽然以专章规定“国家所有权”,并为防范“国有资产流失”专设了管制性规范,但仍被一些学者认为与资本主义的物权法“几乎没有什么差别”。<sup>[60]</sup>这是因为,该法侧重在国家所有权的主体、客体、权能与行使等制度方面,实现与私人所有权一般规则的技术通约,而不是面向“全民所有”的社会主义宪法承诺限制国家所有权一般权能的滥用。这足以证明,在国家所有权问题上,物权法是民法体制中立的忠实践行者。

## 六、国家所有权遁入私法与经济社会赶超发展模式

### (一) 经济社会赶超发展模式对国家所有权的制度依赖

13世纪以来,率先汇聚宗教改革、文艺复兴、启蒙运动、工业革命与资产阶级革命成果于一身的“西方”,作为独立的政治、经济与文化概念登上了历史舞台,形成了对“非西方”世界在经济、政治、军事与外交竞争中持续至今的巨大优势。<sup>[61]</sup>这些非西方文明日益紧迫地感到西方的“压力”,陷入深重的边缘化恐慌和生存危机,进而产生“西方主义”情结。<sup>[62]</sup>奉行拿来主义,选择性利用西方科技与制度工具,在短期内迅速实现军事、科技、

[58] [英] 弗里德利希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》第1卷,邓正来译,中国大百科全书出版社2000年版,邓正来代译序第26页。

[59] 前引[1],谢海定文,第98页。

[60] 参见前引[16],邱本文,第149页。

[61] 关于在政治、经济与文化地理上“西方”的形成过程,可参见[法] 菲利普·尼摩:《什么是西方》,阎雪梅译,广西师范大学出版社2009年版,第130页以下。

[62] 关于非西方世界在西方全面制度竞争优势压力下的心理变迁,可参见[荷] 伊恩·布鲁马、[以] 阿维赛·玛格里特:《西方主义:敌人眼中的西方》,张鹏译,金城出版社2010年版,第3页以下。



经济等关键环节的突破，获得局部上与西方分庭抗礼的工具实力，是这些文明的共同选择。自称东罗马帝国继承者的俄罗斯，自彼得一世游历西欧后即大力创办国家工厂（包括重工业工厂、轻工业工厂、作坊与农场），意图通过国家力量推动产业经济发展，在短期内赶超西欧。<sup>[63]</sup>这一努力历经数代沙皇不辍，为马克思晚年关于共产主义运动可以在资本主义世界薄弱链条率先取得胜利的论断之实践，打下了经济基础。

“十月革命”后初创的社会主义苏俄面临严重的内忧外患。在短暂实行“战时共产主义”以后，苏俄很快过渡到被冠以“新经济政策之名”的“国家资本主义”道路上：利用资本主义的经济与法律制度跨越“卡夫丁峡谷”，完成向社会主义的过渡。<sup>[64]</sup>国家资本主义一方面要求在非要害部门有限恢复私人资本主义，更重要的是，在国家控制了土地及一切最重要经济部门的前提下，在这些经济部门中推行“租让制”“合作制”，将矿产资源的开采、国家企业的经营、国有土地的耕种等，经由协议交由私人承租人控制并分配利润。<sup>[65]</sup>所有权创设他物权（或他主占有）的权能弹性让渡技术装置，几乎是解决严格的国家垄断一切生产资料的经济制度要求与国家无法直接支配其生产资料事实之间矛盾的唯一法律手段。多年以后，当社会主义改造完成，国家企业的公职经营者替换了私人经营者，产品经济替代商品经济以后，这样的“所有权—经营管理权”分离模式，在国家投资人与作为社会主义经济机关的国营企业之间，在与国有化以后的集体农庄之间的关系中延续下来。对此，维涅吉克托夫指出，国家和企业之间的关系是建立在财产转交基础上的关系，社会主义国家创造出成百上千个国家机关，将国家财产的个别部分交由这些国家机关管理。国家所有权正是这一财产转交关系的逻辑起点，而接受财产机关因此获得了一定的占有、利用与处分的权能，并据此获得了在一定时期向上级主管部门就自由空间讨价还价的权利基础。这些权能在根本上是“依照直接的业务管理的方式，而不是拥有的方式”，“非依自己的权利和为了自己的利益，而是依照国家授予的权力和为了国家的利益”。<sup>[66]</sup>

近代中国备受列强凌辱，为迅速实现“师夷长技以自强”“师夷长技以制夷”，作为国家危机应对机制的经济社会发展模式，自然无法重现资本主义与市场经济的自生自发路径，而只能以人为方式将上述千年发展过程浓缩到极短的时间内。中国近代民族工业的形式与崛起，几乎无不是以国家主持之下的官办产业方式“速生丰产”的。晚清的李鸿章、张之洞、盛宣怀等人，无不是结合政治资源与经济手段以迅速实现经济自强的官僚资本代表。为抵御外敌，抗战时期的国民政府亦不断强化“经济统治”，通过“国防设计委员会”“资源委员会”控制的国有企业规模急剧膨胀。<sup>[67]</sup>新中国成立以后，经济社会建设虽然有马克思主义政治经济学的理论基础，但赶超西方仍然是举国上下最为强烈的主观动因构成。初创的社会主义新中国在严重的内忧外患情境下，集中全国资源“多快好省”地发展生产力，

[63] Власова. М. В. Право собственности в России: возникновение, юридическое содержание, пути развития. - М. : Издательство МЗ - Пресс, 2002. - с. 76.

[64] 列宁曾提出，“在经济上极力利用、迅速利用与加速利用资本主义西方。”参见《列宁选集》第4卷，人民出版社1972年版，第501页。

[65] 参见王力军：《论列宁在新经济政策时期的国家资本主义思想》，《济南大学学报（社会科学版）》2009年第1期，第87页以下。

[66] 参见前引〔2〕，Венедиктов. А. В. 书，第590页。

[67] 参见姜朋：《官商关系：中国商业法制的—前置话题》，法律出版社2008年版，第195页。

意图以非常手段在极短时期内实现国有资产的迅速增值,实现对西方国家的财富赶超。后虽经拨乱反正,但经济赶超发展模式在我国并未根本改变。<sup>[68]</sup>在国家仍以“经济建设为中心”,存在GDP高速增长依赖、投资拉动经济增长路径锁定的条件下,几乎不可能放松对公共财产国家所有权的制度依赖。国家所有权不仅是政府集中经济资源发展生产,应对经济竞争的财产制度保障,更是可向社会公众灵活创设用益收费权以开拓财源,从而迂回突破税收法定原则的税收替代机制。

## (二) 经济社会赶超发展模式对“全民所有”的价值扭曲

经济社会发展的“赶超性”目的决定了“效率优先”的发展观。国有财产及各种经济指标的帐面增值是发展效率最简单与直接的证明,因而被优先考虑。而面向改善民生,实现公共财产公民利用、分享,则很可能损害国有财产的账面价值。为了超越发展,必须优先集中资源于生产环节,公共财产中的“消费资料”部分被“生产资料”吞并,“全民所有制”被限定为“生产资料全民所有制”。“满足人民群众日益增长的物质文化需求的”社会主义发展目的,被更具现实紧迫性的发展社会主义生产力的手段掩盖。“国富民强”一词成为相当长时期内经济社会发展模式的经典诠释。在这一政策背景下,宪法上的“全民所有”承诺难以获得在消费资料层面向公民量化的解释路径。此消彼长之下,公共财产全民所有的宪法规范要求被国家所有权的民事合法性替换了内核。“与民争利”的“国家所有权滥用”之说由此变得无从判断:若公共财产在消费意义上民本无利,何来国与争之?何来国家所有权“滥用”一说?

对效率的追求决定了赶超发展模式对工具选择的功利主义与机会主义。这令赶超发展模式对其历史传统中某些旧有功利主义糟粕的潜移默化,缺乏鉴别与筛除能力。例如,苏联民法学者曾在其前近代法律体制中,找到了他们认为适合解释国家与国家企业间“所有权—经营权”关系实质的权利关系模式:封建分层所有权。他们认为,领主与封臣间的上下级所有权关系,及由此保障的二者间照顾与服务、控制与自治的协议关系,适合建构国家与国家企业间的管制与自治关系的和谐,最利于兼顾国家企业的“经济自主”与“政治依附”。<sup>[69]</sup>当代中国国家所有权客体可以“无限广泛”,土地、自然资源、基础设施等必要生存条件的利用壁垒森严、成本高昂,这与历史上官府垄断自然资源的“官山海”亦显相似。

在赶超发展模式影响之下,“国家所有即全民所有”的宪法承诺在解释论中被本末倒置:只要在物权法上宣布国家所有了,全民自然就“所有”了。本来是国家所有权服务目标,是国家所有权正当性与合宪性来源及衡量标准的“全民所有”失去了规范含义。“全民所有”在未能入列宪法上基本权利以后,被进一步逐出法律概念范畴,矮化为“经济制度”。原本仅仅是“全民所有”实现工具之一的国家所有权却被崇高化,国家所有权的“法律意义与它所包含的崇高的政治意义和道德伦理价值牢牢地联系在一起”。<sup>[70]</sup>有宪法学者将“宪法上国家所有权”上升到“基本权利”高度,却避而不论“全民所有”获得基本权

[68] 参见张力:《企业公司制改革的政策取舍——基于公司模式利弊的历史分析》,《思想战线》2011年第6期,第73页。

[69] 参见前引〔37〕,Петров. Д. В书,第18页。

[70] 参见前引〔14〕,孙宪忠等书,序言第1页。

利地位的必要性与可能性。

## 结 语

社会主义公共财产利用的法律保障机制被主要纳入民事立法与物权技术范畴，创立国家所有权制度，是法制史上的重大变革。它也是社会主义公共财产法与资本主义公共财产法的标志性区别，是在社会主义初级阶段将长期实施的经济赶超发展模式的重要法律表现形式。它在解决经济发展问题的同时，也存在公益分享方面的缺陷。而通过将这一模式还原到关于公共财产的社会主义宪法承诺之中，可以挖掘国家所有权制度的公益性潜力。

首先，针对国家所有权遁入私法而致滥用的制度缺陷，通过宪法解释赋予“全民所有”以未列举的基本权利地位。<sup>[71]</sup> 宪法实施首先是基本权利实施。<sup>[72]</sup> 立法者应在最低限度上规定基本权利的内容。<sup>[73]</sup> 全民所有是作为基本经济制度的公有制的宪法表达。“公有制的核心不在于所有权形式，而在于如何扩散经济利益的收益面，使更多的人能享受到社会发展的好处。<sup>[74]</sup> 全民所有基本权利，将成为公民要求国家作出适当的关于公共财产利益分享法律制度安排的宪法上请求权基础。在我国经济社会发展取得举世瞩目的成就，民生投入稳步增长，官方语体中的“国富民强”被“国强民富”悄然替换的条件下，赋予全民所有以基本权利地位的时机可以说已经成熟。

其次，针对国家所有权遁入私法的实质缘由，阐明“国家所有即全民所有”的宪法精义：宪法上的“国家所有”其实是为实现全民所有基本权利的一揽子法制“任务”，是针对各部门法的立法指示；其中的“即”是“实现”而非“等同”，更非“顺带”之意。这些任务可以是：根据不同公共财产类型确立公共财产法律关系调整的公、私法模式；确定欠缺类型化公共资源后续类型化的法律方法；限制物权法关于国家所有权客体范围与权能组合的立法形成自由，形成对“物权法定原则”适用条件的法定。

再次，针对国家所有权遁入私法的制度路径，采取防范国家所有权被滥用的措施。在主体方面，将国家所有权主体统一、唯一性原则的功能，投向限制国家所有权行使主体滥用对公共财产的实际支配地位、形成小集团私益方面，将物权平等保护原则功能限定在交换正义范围内。在客体方面，增设物权法上的可先占取得的“无主物”类型与范围，形成其与未来公物法上“不可有物”的辨别方法。对自然资源公共财产新类型的形成，禁止物权法自我授权立法形成或解释形成。在权能方面，严格限制对作为民生基础的资源型、设施型公共财产的收益权能。对城市居民的居住用地，国家所有权收益权能一次用尽：出让土地使用权到期后原则上自动且无偿续期，对土地使用权期限较长而承担较多土地使用权出让金者，可由政府按比例退回其部分土地使用权出让金。在行使方面，增设公共地役权，扩大公民非排他自由利用范围，承认公民的国有企业民营化参与权，保障公民预算知情权

[71] 关于“未列举的基本权利”，可参见张卓明：《中国的未列举基本权利》，《法学研究》2014年第1期，第17页以下。但作者在文中并未将全民所有认定为基本权利。

[72] 参见范进学：《宪法实施：到底实施什么》，《学习与探索》2013年第1期，第57页以下。

[73] 参见谢立斌：《论基本权利的立法保障水平》，《比较法研究》2014年第4期，第41页。

[74] 参见高富平：《物权法原论》中，中国法制出版社2001年版，第662页。

与监督权, 限制被特许人用益物权、法人(尤其是公法人)财产权的绝对性与排他性, 加强国有企业利润补贴社保基金力度, 探索国有企业利润全民分红, 等等。

从根本上说, 公共财产の利用属于公共事务。“公有制的确立并不自动产生权力的公共性, 公有制的实践也需要权力的公共性予以保障。”〔75〕科学阐释社会主义本质, 深化政治体制改革, 实现人民民主, 确保权力的公共性, 才是解决国家所有权公共性问题的根本出路。完善符合全民所有理念的各级权力机关对政府主导的日常公共财产管理、运营的严格外部监督机制, 才能最终确保即便是在政资合一、政企合一的体制下, 国家所有权也能合宪合法、公平高效地运转。

---

**Abstract:** Under the condition that the public property legal relationship is mainly put into the scope of adjustment of private law and that state ownership is established by taking the model of private ownership as reference, private law techniques are often used to squeeze and crowd out the necessary public law regulating elements of the legal mechanism for safeguarding the utilization of public property, thereby enabling the subjects of state ownership to make use of the legal form of Property Law to cover up the violations of their constitutional obligations and avoid constitutional supervision. Ultimately, the excessive dependence by the economic development mode at the primary stage of socialism on the civil law mode of regulation of public property and the state ownership system, as well as the distortion of the values and the negation of the effects of the constitutional commitment to “ownership by the whole people” will block the constitutional path to the realization of “public ownership—ownership by the whole people—state ownership”.

**Key Words:** public ownership, ownership by the whole people, state ownership, flight into private law

---

〔75〕前引〔1〕, 谢海定文, 第92页。