

自然资源分出物的自由原始取得

张 力*

内容提要：对自然资源分出物的自由取得，须通过私法上不同的所有权原始取得手段实现。针对仅在宪法意义上归国家所有或集体所有，但尚未成为私法上所有权客体的自然资源，可适用针对无主物的先占取得规则。针对自然资源已成为私法上所有权客体者，可适用不基于前手所有权人与用益物权人意志的添附取得与孳息取得规则。劳动因融入前述原始取得手段而非为单独的原始取得手段。自然资源分出物自由原始取得应遵循“为生存而合乎自然标准和节俭”的取得限度、“为他人保留足够好和同样多”的取得机会、不违反有关自然资源保护的禁止性规定与公序良俗、不对自然资源用益物权形成竞争性侵夺等限制性规则。自然资源分出物所有权原始取得自由本身并非私法上的绝对权与财产性权利，而应作为人格性法益在个案中被保护。

关键词：自然资源 先占取得 添附取得 孳息取得 法益

一、问题的提出

为落实我国宪法第9条关于国家保护国有与集体所有自然资源的“合理利用”的规定，我国民法典物权编草案二次审议稿第十章“用益物权的一般规定”之第119条延续了物权法第118条的规定：“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、个人可以依法占有、使用和收益。”〔1〕其中，民事主体“可以依法占有、使用和收益”未被限于用益物权名下。结合紧随其后的草案第120条“国家实行自然资源有偿使用制度，但是法律另有规定的除外”（沿用物权法第119条）以及关于自然资源特许利用的有关规定，应将其解释为：民事主体既可通过民法典物权编草案二次审议稿第123条、第124条所列举的自然资源用益物权（海域使用权、探矿权、采矿权、取水权和使用水域、

* 西南政法大学民商法学院教授。

本文为国家社科基金一般项目“民法典物权编中公共地役权的制度构建与体系融入研究”（18BFX123）、西南政法大学2017年校级科研项目“全民所有的物权法表达与实现路径完善研究”（2017XZZD-01）的研究成果。

〔1〕 物权法第118条所规定的占有、使用、收益“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”的主体为“单位、个人”，而民法典物权编草案一次审议稿第119条与二次审议稿第119条均将该主体调整表述为“组织、个人”。

滩涂从事养殖、捕捞的权利), 或通过森林法、农村土地承包法所规定的林地使用权等特别物权手段, 但也可以不通过这些权利形式, 而“自由”实现对国有与集体所有自然资源的合法、合理利用。可见, 自然资源的自由利用除了在公法上表现为无须许可的利用, 还可在私法上表现为民事主体非基于用益物权的利用。在民法典编纂的背景下, 需要对这种“自由”在私法上的表达、边界、性质与救济方式及其与公法上相关制度的关联性, 展开制度构建与解释。

“自然资源是指自然界形成的可供人类利用的或具有使用价值的物质和能量。”〔2〕自然资源的利用过程具有复合性。从广义上看, 它包括对全部自然要素之承载价值的非消耗性占用, 此时自然资源为“土地”所概括包容, 而非独立客体;〔3〕从狭义上看, 它仅指在特定类型的自然资源从土地“母体”分离, 进一步特定化为空间蕴藏量相对确定的自然资源“单元”以后,〔4〕再通过开采、捕捞、采集等方法使该单元中的资源成分分离、转化为可供生产生活所用的原料或燃料产品的消耗性利用过程。本文主要针对狭义的自然资源及其利用, 不涉及旨在发挥土地承载价值的建设用地制度与农用地制度的研究, 但不排除为实现自然资源利用而对相关土地予以必要非排他性占用的法律调整方法的研究。本文所称“自然资源分出物”, 是指通过开采、捕捞、采集等方式, 令特定自然资源单元中的自然成分脱离、分出而转化成的特定资源物。在通常情况下, 自然资源成分的探察、分出系人类生产劳动使然, 故自然资源分出物在环境资源法学上常被称为“自然资源产品”。〔5〕但相对于“产品”, “分出物”更能揭示自然资源化整为零、由公法上客体渐次转化为私法上客体的地位变化趋势, 更便于标示自然资源自由取得在物权法上的效力后果, 也更便于援引物权取得相关规则与法理完成自然资源自由利用在私法上的制度表达与构建, 故为本文所采。

在物权法上, 物权的原始取得是指“非依据他人既存的权利而独立取得物权”。〔6〕针对自然资源分出物的原始取得, 是自然资源进入人类财产关系以及社会经济生活、为人所用的重要法律途径。作为自然资源利用形式之一的自由利用, 自应包括对自然资源分出物所有权的原始取得这一私法上的实现手段。放眼域外, 在民法典中对其作出直接立法表达的有俄罗斯联邦民法典第 221 条: “根据法律和财产所有权人的一般许可, 或者地方习俗允许在森林、水体或其他地域采集浆果、捕鱼、采集或猎取其他公众均能取得的物或动物, 则有关物的所有权由进行采集或猎取的人取得。”这种物权取得方式被俄罗斯著名民法学者苏哈诺夫认为是“一种新的独立的所有权的原始取得方式”。〔7〕类似规定还见于瑞士民法

〔2〕 蔡守秋:《论公众共用自然资源》,《法学杂志》2018年第4期,第43页。

〔3〕 例如1992年联合国环境与发展大会通过的《21世纪议程》指出:“土地就其地形和空间性质而言通常是指一个自然体,更广义地说它还包括自然资源:土地所包含的土壤、矿物、水和生物群。”因此,当针对自然资源的空间承载价值形成支配时,此时的所谓自然资源使用权其实就是土地的使用权。参见《21世纪议程》,国家环境保护局译,中国环境科学出版社1993年版,第78页。

〔4〕 单元,是确立自然资源、土地及其他不动产归属与利用的法律调整方法时的常用计量单位。我国《自然资源统一确权登记暂行办法》也明确以“单元”作为自然资源确权登记中标的物的量度单位。

〔5〕 参见王社坤:《自然资源产品取得权构造论》,《法学评论》2018年第4期,第165页。

〔6〕 崔建远:《物权法》,中国人民大学出版社2009年版,第42页。

〔7〕 苏哈诺夫认为俄罗斯民法典第221条规定了“一种新的独立的所有权的原始取得方式”。但对于这种“独立”的原始取得类型,他并未提供关于其构成与限制的“独立”的解释。转引自张建文:《公众用国有财产之公共性实现机制研究》,载漆多俊主编:《经济法论丛》2009年下卷,中国方正出版社2009年版,第256页。

典第660条、吉尔吉斯斯坦民法典第232条等。

在物权法上,根据标的物上是否存在他人享有之在先物权,原始取得可分为无前手权利的原始取得,这如先占取得,与虽有他人权利先存却豁免于前手权利人同意的原始取得,这如孳息取得、添附取得与善意取得等。自然资源分出物在分出完成前系作为特定自然资源单元整体中的成分,不具有物权客体地位,自无法承载前手权利。但特定类型自然资源是否被单元化而可承载物权,却关系到资源物分出行为所针对的自然资源之上是否存在私法意义上的前手物权或其他排他性权利,由此对该分出行为应适用何种原始取得方式有重大影响。我国宪法第9条虽已明确宣布:自然资源归“国家所有”以及“在法律有规定的情况下归集体所有”,但宪法上的自然资源国家所有及集体所有,与物权法上具体自然资源单元的“国家所有权”及“集体所有权”之间存在制度具化关系。由此存在自然资源国家所有权及集体所有权在宪法与私法意义上的制度及效力分野。应当辨别,自然资源在宪法上归国家所有与集体所有,是否已通过物权法上的技术转化为具有私法上前手物权效力的国家所有权与集体所有权。继而,根据具体自然资源单元上前手物权的形成状况,确定相应的自然资源分出物原始取得的具体方式。

近年来,我国学界围绕乌木、“狗头金”、坠落陨石以及“鱼泉”自涌鱼类的归属问题所发生的讨论,已涉及系争标的物的先占取得或孳息取得的可能性与正当性问题。^{〔8〕}但要看到,原始取得在我国民法上的理论积累与制度建构长期相对滞后,先占取得与添附取得迄今未获得法律的正式规定;民法学上缺乏对以原始取得技术解决自然资源的自由利用问题的专门关注,尤其是对于先占取得、孳息取得与添附取得究竟可以分别针对何种权利状态下的自然资源实现对自然资源的自由利用,私法上的解释论并未形成。进一步是,公、私法学上关于自然资源自由利用所依赖的制度环境的认识欠缺沟通与协作,缺乏关于自然资源所有权在宪法(或公法)上与私法上效力的前提性区分以及前后制度转化衔接机制的共识。在社会主义公有制背景下,上述不足还可被突显为公、私法学上关于自然资源分出物自由取得的可能性与合法性的严重分歧:要么以“公有制”作为自然资源国家所有(或集体所有)在私法上排他效力的一般来源,概然性地否定自然资源分出物被他人原始取得的合法性;要么认为公有制不具有法律效力的基本经济制度、自然资源国家所有权(或集体所有权)亦不具有对自然资源分出物自由取得在私法上的规制效力、通过私法上既有的原始取得技术足以实现自然资源分出物的自由取得,等等。在此背景下,相关讨论与研究自然难以洞察公法与私法调整自然资源分出物自由取得的必要分工协作机制,无法弥补传统民法学上原始取得技术在面对自然资源自由利用时的解释与调整功能不足,因此无法准确回答各类自然资源分出物的自由取得在私法上究竟是通过创制一种“新的独立的所有权的原始取得方式”,还是通过现有原始取得手段的选取与组合得以实现。同时也无法澄清种类繁多的自然资源与先占、孳息、添附等多样的物权原始取得手段之间的合理对应关系,以及在每一种对应关系中,原始取得手段的适用范围及限度。因此,仍须考虑我国社会主

〔8〕 参见金可可:《论“狗头金”、野生植物及陨石之所有权归属——再论自然资源国家所有权及其限度》,《东方法学》2015年第4期;王建平:《乌木所有权的归属规则与物权立法的制度缺失——以媒体恶炒发现乌木归个人所有为视角》,《当代法学》2013年第1期;田亦尧、陈德敏:《无主物的意涵类型化界分及其面向再生资源利用的制度选择》,《中国人口·资源与环境》2015年第1期等。

义公有制及其法律表达对自然资源分出物自由取得的作用机制；仍须基于自然资源所有权在我国宪法上与私法上的制度区分，讨论自然资源自由利用中可能采用的各种所有权原始取得手段的适用范围以及相互之间的适用衔接关系。由此，散见于管理性规定中的自然资源自由利用规则才能与未来民法典中的原始取得制度体系相协调，才能明确自然资源自由利用在私法上的制度内涵，才能进一步拓展物权法上对物的非基于物权的自由使用的制度建构及其解释能力。

二、自然资源所有权由宪法向私法的制度具化

（一）自然资源所有权在宪法与私法上的制度区分

自然资源在宪法与主权意义上梗概性的国家所有（或其他主体所有）关系，与从这种自然资源总库中被特定化的具体部分（单元）上的权属关系，是针对不同客体形成的不同性质的法律关系。根据1974年联合国大会通过的《各国经济权利和义务宪章》，各国享有“对自然资源的永久主权”。各国立法机构可据此通过具体立法，将自然资源总库中特定化的具体部分划归“国家所有”或“私人所有”。随着民族国家资源主权意识的不断提升，现代国家多通过对未开发自然资源的笼统的公有化（国有化），以及对曾经被私人拥有的重要自然资源的再公有化，形成了规模与占比均非常巨大的自然资源国家所有权，以及占比较小的自治地方、集体所有权。其中，石油、天然气等烃类能源的国有化水平最高。

从设立目的与权能配置上看，由公法上的公有化措施推动形成的自然资源“国家所有权”，尚处于与“自然资源国家主权”同语反复的地位，^{〔9〕}而不能当然理解为具有私权效力的所有权形式。大气、水体、土壤岩层、生物圈等生态型自然资源的国家所有权设立的首要目的，是方便国家履行防止环境退化、维护资源循环利用的公法上的义务与职权，保障当代与后代人民对生态利益的可持续分享，故多形成公益信托所有权。^{〔10〕}公益信托所有权无须借助私法上所有权的技术构造与绝对权效力，也具有公法上的“绝对”与“排他”效力：国家有义务通过公权力行使来排除当代少数个人与组织（也包括公法组织）的，可能损及他人及后代人分享机会利益的，对公共自然资源过度垄断、利用、开发与消耗的事实上与法律上的支配。即使自然资源已经在私法上特定化并归属其他主体以后，上述对自然资源的国家“信托义务”也不能免除。^{〔11〕}我国宪法第6条关于“社会主义公有制消灭人剥削人的制度”、第9条关于“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有”的规定，更是从社会主义基本经济制度出发的对公法上国家所有权的排他效力的特别阐释。广大社会主体针对自然资源的正当分享要求——这既包括取得有关自然资源的利用特许与用益物权，也包括无须许可、不基于物权的对自然资源的自由利用——既是人民生存与发展的基本物质保障，也是社会主义公有制对关于自然资源自

〔9〕 也有称为“原始财产权”，如墨西哥宪法第27条，相对而言“私有财产权是一种从国家手中获得的权利，因而是国家限制和征收的对象”；或者称为“宪法性公权”“信托所有权”等。参见巩固：《自然资源国家所有权公权说再论》，《法学研究》2015年第2期，第115页以下。

〔10〕 See Austin Probst, *Go with the Flow: The Public Trust Doctrine and Standing*, 62 *Wayne Law Review* 537 (2017).

〔11〕 参见吴真：《从公共信托原则透视环境法之调整对象》，《当代法学》2010年第3期，第133页。

由利用具体法律制度的特有目的性约束,体现了社会主义制度的优越性。因此,对于社会主体的合理分享自然资源的要求,宪法上对自然资源总库的国家所有权不仅不具有一般的排他效力,反而要通过将其作为宪法上公平分享权直至基本权利而加以保障并实现,从而成为宪法性制度保障的一部分。^[12]

从客体的特定化进程来看,宪法所规定的对自然资源总库的主权式支配,具有整体性、总括性、抽象性。它必须无遗漏地将现存与未来所有可能为人民分享的自然资源进行总括性、前瞻性的保护。它必然对探明、未探明甚至类型未知的所有自然资源开放包容。对这种自然资源总库的支配必然是“权源性”的,即法律仅设立最为梗概的应为、可为与禁止的原则性规定,进而由各部门法分别围绕不同的具体利用方式与相应保护手段进行具体制度形成。这种针对自然资源总库的全局性、根本性支配必然被提高到事关国族命运的高度。这如俄罗斯联邦土地法典第12条即拟人化地将俄罗斯“土地”(整体)代指以“她”：“俄罗斯联邦的土地,她是生活在该土地上的各族人民的生存和活动的基础。”这里的“土地”其实是包含了各种自然资源类型的资源总库。相对而言,私法上的所有权强调标的物的现实、确定与特定,以便在其上依附同样须内容确定且便于公示公信和边界划分的占有、使用、收益与处分权能。私法上的自然资源所有权与用益物权的客体不可能是某类面向未来的自然资源库,而只能是时空范围、数量规模确定的具体类型自然资源的部分——单元,以及从中再分离出来的自然资源分出物。为此,在俄罗斯,作为民事法律关系客体的“土地”已被划整为零为“地块”,并以“它”相称以示区别。这也说明,哪怕是国家,也无法针对其主权领域内的“全部矿藏”“全部水资源”“全部无线电频谱资源”等自然资源库,实际取得与行使私法意义上的占有、使用、收益与处分权能。

由于自然资源总库与其中特定化单元的标的区分,以及作用于其上的法律调整工具与方法的性质区别,自然资源在宪法与主权意义上的国家所有(或集体所有),就不能自动转化为从自然资源总库中特定化而来的具体部分在私法上的“有主”状态,就不当然产生私法意义上的自然资源所有权对他人就自然资源分出物的自由取得要求的阻却性、排他性效力。由此,在宪法上为国家所有或集体所有的自然资源,针对其中分出物的自由取得与利用就具备了物权法上的可能性。

(二) 我国自然资源所有权在私法上制度具化的不足

要实现自然资源的宪法上所有权向私法上所有权的制度具化,必须通过部门法上的技术,将自然资源“化整为零”为一个特定与现实的物权客体——特定类型自然资源的特定容量单元。针对这些特定物方能形成具有实证法上效力的、私法上的自然资源国家所有权或集体所有权。但无论是现行物权法还是起草中的民法典物权编,都未能完成这一工作。

即使我国物权法中的国家所有权相关章节对宪法上的国有及集体所有自然资源进行了转介式罗列,也未能使自然资源在宪法上的所有权顺利转化为私法上的所有权。物权法第46条规定“矿藏、水流、海域属于国家所有”、第48条规定“森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源,属于国家所有,但法律规定属于集体所有的除外”,只是对宪法第9条所

[12] 参见陈国栋：《法律关系框架中的自然资源国家所有》，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年青岛，第269页。

罗列自然资源大类的简单转介。即使相对于宪法所罗列资源大类，物权法第46条增列了“海域”，第49条增列了“法律规定属于国家所有的野生动植物资源”，以及第50条增列了“无线电频谱资源”，也均是作为大类资源库而规定的，而非为创立特定类型与范围内自然资源单元这一资源特定物。物权法中的自然资源所有权规范实质上是对相关宪法条款的简单重述，而非制度具化。由于作为宪法上国家所有权客体的笼统与概括的自然资源整体，并未通过物权法特有的物之特定化技术，转化为私法上所有权的客体，从而无法以之为客体形成私法上的自然资源所有权。同时，可作为物权客体的“不动产”同样属于特定物，而梗概的自然资源总库尚未转化为民法上的“不动产”，因此即使规定了自然资源归国家所有，甚至规定某些自然资源归国家专有，也不适用物权法第41条“法律规定专属于国家的不动产和动产，任何单位和个人不能取得所有权”的规定。这也为民事主体自由取得自然资源分出物的所有权创造了法律上的空间。物权法对自然资源所有权在私法中制度形成过程的规定阙如，在民法典物权编草案中被继承下来（见其第43条至第47条）。总之，以自然资源分出物所在单元为客体的国家所有权（及集体所有权）在物权法规定中的阙如，将使自然资源分出物一经独立便在私法上处于名义上的无主状态。

近代以来，自然资源已从土地母体中分化出来成为独立的公、私法上的权利客体。这令针对旨在发挥特定土地单元承载价值的建设用地与农用地国家所有权、农民集体所有权的确权登记以及相应用益物权的设立与登记，只能解决有关土地（不含其中自然资源）在私法上的有主化问题，而不能一并解决土地中事实包含却在法律上作为独立客体的自然资源在私法上的有主化问题。建设用地与农用地的国家与集体所有权人、用益物权人不得仅仅以其土地上的物权排斥他人对土地上下所包含自然资源的利用要求。

（三）自然资源所有权在私法上的制度形成

自然资源所有权由宪法向私法的制度具化步骤有二：

第一，确定自然资源类型。自然资源需要通过命名、归类、物理范围的探明而逐步特定化。这包括：通过自然资源命名，使某一自然资源新类型得以确立（如通过新矿种命名将“可燃冰”列入矿产名录）；通过某种勘探技术对特定种类自然资源的所占空间与蕴藏数量予以探明。当通过储量（如石油、地下水等）、蕴藏量（如某些矿藏）、库容（如地表水）等具体量度标准明晰了某种自然资源的特定空间与数量范围时，原有宪法上梗概的自然资源总库便逐步分解并符合了物的特定化要求，而逐步进入部门法及私法的调整范畴。

第二，确定自然资源单元。自然资源需要通过统一确权登记以明确并公示其容量单元与空间范围，以进一步承载私法上的所有权与用益物权，并藉此转化为自然资源“资产”。石油、天然气等不可再生烃燃料性自然资源直接涉及国家能源战略安全和财政收入，且需要引入规模化社会资本甚至国际资本参与开发。此类自然资源多通过勘探技术明确其区块物理范围、登记为“战略矿产地”等特别单元，被普遍与深入地转化为私法上的物权客体，以方便容纳商业性采矿权（用益物权）的开发模式，从而发生了较为深入的资产化现象。与之类似，钻石、金银、稀土等同样具有重要战略与财政意义的非能源性珍贵矿藏类型的利用模式，也发生了深刻的资产化。近年来，自然资源资产化现象正渐次向其他重要性稍次的自然资源类型延伸。中共中央、国务院于2015年9月21日发布的《生态文明体制改革总体方案》（中发〔2015〕25号）明确将“建立权责明确的自然资源产权体系”作为改革

目标之一。中共十八届三中全会决议要求,对水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然生态空间进行统一确权登记,形成归属清晰、权责明确、监管有效的自然资源资产产权制度。^[13] 2019年颁行的《自然资源统一确权登记暂行办法》明确了自然资源统一登记遵循“物权法定原则”(第2条);登记范围为“水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域、无居民海岛以及探明储量的矿产资源等自然资源”(第3条),以及作为独立自然资源登记单元被专门规定的国家公园、自然保护区、湿地、水流(第14条、第15条);自然资源确权登记以“单元”为登记单位,“以不动产登记为基础”(第13条、第5条)。通过登记,被命名并探明储量的自然资源将进一步成为物权法上的“自然资源登记单元”与“自然资源不动产”,正式成为物权客体与自然资源资产。可以预判的是,随着物理勘探与具有资产意义的各类自然资源国家所有权(少量为集体所有权)登记的不断推进,在公共政策中具有相对重要性的自然资源类型的利用的法律调整模式,将逐步完成由抽象的宪法上国家或集体所有向具有私法效力的国家所有权与集体所有权的转化。相应利用模式将更多采用“所有权—用益物权(或特许经营权)”的商业模式。适合作为自由先占客体的资源物,将被极大地压缩到资产化需求相对不足的“不重要”“非集中”“低价值”的少量自然资源类型及某些自然资源的特定存在方式之中。^[14] 要注意的是,由于我国自然资源统一确权与登记的开展相对滞后,在实践中对尚未完成确权登记的自然资源,只要通过前述第一步骤完成了自然资源的命名归类以及储量探明,也应视为完成了物权法上的客体特定化,从而可以承载自然资源在私法上的所有权与用益物权。

但是,即使为特定主体设立了自然资源物权,或者完成了自然资源单元的统一不动产登记,登记所涉空间范围内的自然资源单元的资产属性也并非无条件、无遗漏地对其地域范围内蕴藏的一切自然资源要素普遍适用。这种自然资源的特定化与资产化仍以该宗自然资源单元的登记名目与种类为限。只有这样,才能防止公众对自然资源的合理利用被私权不当排除。^[15] 易言之,民法上的自然资源物权的排他效力所能指涉的该自然资源单元范围内的具体成分物范围,应以该自然资源登记名义、自然资源物权设立用途及其必要延伸为限。登记权利人可享有的排他性效力应以维持该自然资源资产登记目的所必要的范围与程度为限。对于登记中未载明的其他自然资源类型、与自然资源物权主要用途无关的人民自由利用方式,登记权利人不享有排他效力。例如,关于石油与天然气的战略矿产地的自然资源登记,并不能使地域内砂、石、粘土等一并资产化而成为私法上国家所有权的客体。在这些自然资源上仍可存在私法上的无主状态,容许于合理限度内为他人自由取得与利用。又如,关于地热资源的国家公园,其中的“不重要”的动植物资源仍可能处于私法上的无主状态。相应地,基于这种不完全资产化、物权化的自然资源国家所有权或集体所有权而设立的自然资源用益物权,或自然资源产品取得权与特许经营权,也将承受这种自然资源资产化与在私法上有主化的不完全性。这些用益物权、特许经营权均只能就其所辖范围内、在与其设立目的及主要用途直接相关的资源类型及其主要利用方式上,具有私法上的排他

[13] 参见中共十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》。

[14] 现在看来,这些“不重要”的资源类型也许仅仅包括生活环境中常见的耗材型资源,如沙石、砾石、白垩石、泥炭、石灰石、黏土等。

[15] 参见前引〔11〕,吴真文,第135页。

效力。即“取得作为主权利的自然资源产品取得权，并不当然使权利人同时取得自然资源开发利用所需的载体性资源使用权”，^[16]反之亦然。这正如海域使用管理法第23条第2款所阐明的：“海域使用权人对不妨害其依法使用海域的非排他性用海活动，不得阻挠。”同理，在这一法律明示范围以外，林地使用权人也应无权阻止他人对林地上其他动植物资源的采集与获取，以及非干扰性的进入、通过的自由；沙石的采矿权人无权阻止其他人对其零星煤炭的自由取用，以及对其中旅游资源的触及；自然旅游资源的特许经营权人无权排除对单元内同时存在的矿产、野生动植物资源被他人正当自由取用，等等。有学者还就此认为，可从某种自然资源使用行政许可的具体“表述”的不同，来辨别有关自然资源利用“权”的排他性水平与内容：凡将自然资源使用权表述为“某权”者，属于特许使用权，发生物权化并拥有高水平的排他效力；使用“某证”（如临时海域使用证、狩猎证、采伐许可证等）者，则非为特许使用权，不产生物权效力，对于他人在相同领域内对有关资源的非排他性自由取用不具有排他力，^[17]殊值赞同。

三、对自然资源分出物的先占取得

先占，是以为自己取得所有权的意思占有无主物的事实行为。^[18]自罗马法以来，“先占是自然法方式的典型代表”，^[19]是促使自然资源脱离自然状态进入人类财产秩序的不可回避的物权形成机制。我国民事立法虽未正式规定先占取得制度，但一般认为，先占是习惯法及善良风俗认可的物权原始取得方式。^[20]先占取得仅可针对特定的无主物实施，故可先占取得的自然资源分出物的范围应当是，尚未在私法上技术化地确定归国家所有（或其他主体所有）的自然资源整体的分出物。它可分为四类：

其一，“全人类共有的物”的分出物。大气、太阳光（能）等人类生存的外部整体条件，曾因人类支配技术局限、个体占有之力不及而长期无法形成私权性、排他性支配，不能成为私权的客体。^[21]但在今天，无论是否将这些要素宣告为主权或宪法意义上的“国有财产”，都不能杜绝人类随着对上述自然资源利用技术的进步，对其中的分出成分日益增长的分享要求。

其二，法律上未具体命名或未具体归类的自然资源的分出物。如前所述，作为主权客体的自然资源无所不包，但作为私法上物权客体的自然资源单元与自然资源分出物，则必须具有表示其一般用途的具体名目及相应的具体归类。反之，虽符合观念中自然资源的物理与用途属性，却欠缺法律上的正式命名与归类，其上也不能成立私法上的自然资源所有权。例如，对于陨石与乌木等“新型”资源物，其定性应在宪法上分类索引下寻找其最接近的次类及大类——这便是“矿藏”及作为其属概念的“自然资源”。但物权法对于“矿

[16] 前引[5]，王社坤文，第174页。

[17] 参见王克稳：《论公法性质的自然资源使用权》，《行政法学研究》2018年第3期，第50页。

[18] 参见史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社2000年版，第123页以下。

[19] [意]彼得罗·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199页。

[20] 参见全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室：《物权法立法背景与观点全集》，法律出版社2007年版，第459页；张力：《先占取得的正当性缺陷及其法律规制》，《中外法学》2018年第4期，第904页。

[21] 参见[荷]雨果·格劳秀斯：《论海洋自由》，马忠法译，上海世纪出版社2013年版，第29页。

藏”并未进行细分与具体化，因此只能转介矿产资源法上的类型化指引。^{〔22〕}然而，陨石、乌木未被列入我国《矿产资源法实施细则》第2条第2款所涉《矿产资源分类细目》，也未像“可燃冰”那样作为“新发现的矿种”，经合法程序被正式命名并增补进有关细目。从而陨石与乌木因尚未进入部门法上的矿藏范畴，无法作为国家所有权或集体所有权的客体，暂时成为民法上的无主物。^{〔23〕}

其三，尚未探明与界定其物理范围的自然资源。即使已完成正式命名与归类的自然资源，如各类矿藏、水资源等，若尚未通过勘探技术明确其特定时空范围内的蕴涵量等物的特定化指标，仍不能从抽象概括的该大类自然资源总库中被特定化为排他性物权的客体，仍不能概括地排斥对其分出物的自由先占要求。

其四，被立法政策有意降低国有化程度的自然资源类型。物权法第49条规定：“法律规定属于国家所有的野生动植物资源，属于国家所有。”同时，野生动物保护法第2条、《野生植物保护条例》第2条将保护对象限定在珍贵、濒危和有益或有重要经济、科研价值的陆生动、植物范围内。并且，仅有野生动物保护法第3条将其中重要的野生动物部分规定属于国家所有，而对野生植物（哪怕是珍贵或重要的）的归属则未有规定。如果连自然资源的概括式国有化都不能自动将其中包含的所有资源成分在私法上一并国有化，那么依据野生动物保护法对非“珍贵、濒危和有益或有重要经济、科研价值”的野生动物的未国有化、《野生植物保护条例》对野生植物的未国有化，则更可得出这部分野生动植物资源就是物权法上的无主物这一反对解释。又如，矿产资源法第35条允许个人采挖的“零星分散资源”，可理解为有关矿产资源因其零散而不成矿，不具有商业性开发的资产潜力，而从相关同名矿产资源中除外，不作国有化要求，故可认为是物权法上的无主物。

针对上述无主物，社会主体可根据物的具体用途与利用规律，通过采矿、挖沙、取土、取石、取水（冰）、砍伐、采集、狩猎、捕捞等方式，在合理限度内自由实现所有权的先占取得。但随着自然资源资产化的逐步深入，以及自然资源所有权在私法上效力的逐步形成，自然资源总库日益分解为特定单元而成为物权客体、进入私法上的“有主”状态。此时，无法再采用针对无主物的先占取得手段实现对自然资源分出物的自由取用，须转而运用可针对有主物、但可豁免于前手权利人授权与许可的其他原始取得手段。

四、对自然资源分出物的孳息取得与添附取得

一方面，自然资源的渐进资产化与私法上自然资源物权效力的获得与展开，迫使自然资源分出物自由取得在私法上的达成手段，向可将他人资源物化为已有的添附取得与孳息取得延伸。另一方面，社会主义公有制对实现物尽其用、对确保社会主体公平合理利用自然资源的更高要求，也决定了在私法上充分挖掘可实现自然资源他主取得与利用的相关原始取得手段的必要性。从资源保护与有效利用的角度看，以添附取得与孳息取得替换先占取得，有助于纠正自然资源先占取得中可能出现的两种极端：片面将自然资源所有权解释

〔22〕 参见前引〔5〕，王社坤文，第166页。

〔23〕 参见前引〔20〕，张力文，第901页。

为公法上的经济主权、将自然资源分出物解释为私法上的无主物，所可能造成的对于社会主体对自然资源自由取得的过度激励与放任；或者相反，片面将自然资源所有权解释为私法上所有权，对其中任何现在与未来可能分出的成分均形成所有权的支配和排他效力，杜绝自然资源分出物成为无主物的可能，从而形成对社会主体自由利用自然资源的过度禁止。

（一）对自然资源分出物的孳息取得

物权法上的“收益”一般指收取孳息并取得其所有权。^[24] 民法典物权编草案二次审议稿第 119 条允许民事主体对国家所有与集体所有的自然资源获得“收益”，自应包括允许其通过对国有与集体所有资源物收取孳息而实现自由利用。在民法学上，孳息取得是指取得基于自然规律而自“母物”分离之“子物”所有权的法律事实。从孳息的拉丁文词源“fructus”可知，孳息最初是一个与土地关联的概念，针对基于自然规律而从土地上出产的动植物。继而土地所含的无机产物如矿藏、沙石也被纳入孳息范畴。再往后，牲畜自然生产的幼崽也被作为孳息。天然孳息取得的正当性来源于子物对母物的孕育规律的服从性。母物所有权人可被推定为新分离的子物所有权人，收取孳息的所有权是母物所有权人行使收益权能的体现。随着社会发展，前述推定被以法定或约定方式扩张：因标的物所有权人与实际控制人之间关于孳息让渡的约定；进一步是发展出“人工孳息”概念，^[25] 使在无约定的情况下，也可因实际控制人对动物的饲养、植物的栽培、果实的收获、矿物的开采、材料的加工等等孕育关照、促成贡献等生产劳动对孳息产生的“决定性作用”，而“比照加工物所有权归属原则”，由法律将孳息收取资格授予实际控制人，^[26] 以体现“按劳分配”的自然正义。人工孳息的收取也因此存在与添附（加工）取得的制度重合，如对矿物的开采、材料的加工同时构成加工取得的法律上根据。因加工取得较天然孳息取得更强调劳动对产品形成的人类创造意义，此部分人工孳息应纳入加工取得制度中加以调整。

虽然我国物权法第 118 条及民法典物权编草案二次审议稿第 119 条均允许民事主体通过对国家所有与集体所有自然资源的“收益”而实现自由利用，但物权法第 116 条所规定的“天然孳息，由所有权人取得，既有所有权人又有用益物权人的，由用益物权人取得。当事人另有约定的，按照约定”，以及照抄前条的民法典物权编草案二次审议稿第 116 条，却无助于落实通过孳息取得（即收益）而实现自然资源分出物的自由取得。首先，所有权人以外可取得孳息所有权的“他人”范围狭窄，仅限于用益物权人以及与所有权人就孳息分配形成约定的债权人。其次，上述条文没有明确在自然资源孳息取得场合的“所有权人”与“用益物权人”，究竟是针对自然资源还是针对蕴藏自然资源的土地而言。由于孳息传统理论往往将自然资源孳息的对应原物理解为自然资源所在的土地，而非自然资源库本身，此处的“所有权人”与“用益物权人”易被认定为相关土地的所有权人与用益物权人。如此一来，将乌木之类作为“土地出产物”即土地的自然孳息看待，对乌木出产土地不享有土地承包经营权与宅基地使用权的“他人”将无法参与对乌木等出产物权属的分配，而令土地用益物权人独得其利。这阻碍了自然资源作为权利客体从所在土地母体的分化与独立进程，令土地所有权人与用益物权人一道，垄断了自然资源整体中可分出的各类成分的收

[24] 参见王泽鉴：《民法物权》，北京大学出版社 2010 年版，第 112 页。

[25] 参见彭万林主编：《民法学》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 238 页。

[26] 参见高富平：《物权学原论》下册，中国法制出版社 2001 年版，第 803 页。

益与其他利益。这与自然资源用益物权的独立性以及自然资源自由取用的主体开放性、随机性与非授权性要求相悖。为此,在民法典物权编中应当规定“天然孳息,由原物所有权人取得,既有所有权人又有用益物权人的,由用益物权人取得。当事人另有约定的,按照约定。对于所有权人与用益物权人以外对孳息产生与收取发挥主要作用的人,或者根据有关民事习惯并于公序良俗允许范围内取得孳息权利的,原物所有权人及用益物权人不得拒绝,但可参与利益分享或要求相应补偿”。并且,需要在特别法中明确:自然资源分出物在作为天然孳息时所对应的原物为特定自然资源单元;在不存在或不能确定自然资源单元时其对应原物为自然资源所在土地。同时,土地的所有权人与用益物权人也应视为对孳息产生与收取发挥作用的人,而可参与孳息分享或要求相应补偿。

自然资源孳息收取与先占取得的制度区分依据是,特定自然资源单元之上是否先存私法上物权,是否受到其排他效力的影响。与先占取得技术相比,孳息取得的技术优势在于,一方面保障了在特定自然资源单元在私法上确定归属国家(或农民集体)的情况下,其中分出物(孳息)仍可由所有权人以外的更为广泛的主体通过其劳动性介入或者习惯上的利用依赖关系而参与分享,并豁免于上述私法上自然资源所有权与用益物权的排他效力;另一方面,又通过承认特定自然资源单元整体处于国家或农民集体的所有权的支配之下,利用所有权的绝对性与排他力,确保自然资源整体的长远安全与可持续分享。在这里,孳息取得人的劳动取代了先占取得场合的自然资源“无主”,作为自然资源分出物被自由取得的正当性来源。当这一劳动强度达到添附(加工)之程度时,孳息取得将转化为添附取得获得调整。当劳动强度尚达不到添附程度时,则根据这一劳动在促成孳息形成与分离过程中的贡献度,以及民事习惯、善良风俗中人民生产生活对该孳息的利用依赖程度,令劳动者参与分享孳息所有权。^[27]

(二) 对自然资源分出物的添附取得

自然资源分出物的添附取得,是指因将在私法上为国家所有或集体所有之自然资源分出物附合于自己或他人的不动产或动产之上,难以恢复原状,从而获得包含该自然资源分出物在内的新物的所有权。矿产资源法第35条允许个人采挖“只能用作普通建筑材料的砂、石、粘土”。该条既可适用于有关自然资源尚未在私法上确定归国家所有或集体所有的情况,此时依先占取得解释,也可适用于在私法上已确定归国家所有或集体所有的情况,此时采掘人可无须所有权人许可,在“用作普通建筑材料”的目的范围及相应量度规模内,采集有关自然资源分出物附合于自己或他人不动产之上,并由此原始取得新物之所有权。依此类推,那些未被法律列明的同样可作为建筑材料的、已在私法上属于国家所有或集体所有的竹木等植物资源的采伐、采集,以及对极北地区属于国家或集体所有的水资源中的冰块采集(可用于冰屋修筑)等等,也应属可能发生自然资源分出物添附取得的范畴。又者,将国有或集体所有自然资源中的分出物加工为生产工具、生活资料,如采集芦苇制成盛具、采集枯木制成柴火与木炭、采集野生草药制成药材、采集蘑菇野菜制成干菜、采集冰块作为冷藏介质等等,均因增加或实质改变原物用途与价值,无法恢复原状,而藉由

[27] 自然资源分出物的孳息取得与添附取得的制度区别在于,前者只须对私法上可确定属于国家或集体的自然资源物进行有效物理分离,并对分出物(孳息)完成占有即可。后者还须对分出物通过建设性劳动而发生与其他动产、不动产的结合或质量与用途升级,才能完成。

对新物所有权的取得，而包含取得了原归属国家或集体所有的自然资源的分出物的所有权。随着对风能与光能的所有权登记可能性的增加，对于未来风电与光电转化的电能的取得，同样可根据加工取得规则加以解释与调整。

五、对自然资源分出物原始取得自由的限制

当代自然资源法制要求在自然资源物尽其用与保护环境公共利益之间达成平衡。^[28]为此，民法总则第9条规定：“民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境。”物权法第7条亦规定：“物权的取得和行使，应当遵守法律，尊重社会公德，不得损害社会公共利益和他人合法权益。”^[29]

（一）对先占自由的限制

1. 对先占取得规模与预期用途的限制

即使明确了以特定类型自然资源单元为客体的国家所有权及集体所有权在物权法及未来民法典中规定阙如，也不意味着针对其中分出物的先占自由在法律上无限制。在传统民法学中，先占取得的正当性是基于“物是无主的，因而不会伤害任何人”。^[30]这意味着先占取得的正当性缺乏关于先占客体规模与量度的私法技术中的自限性标准。因此，对资源物自由先占的限制性标准，只能首先来源于公法中用于规制自然资源合理利用的管制性与禁止性规定。但是，又应防止管制性禁令不足情况下对“法无禁止即自由”的私法适用原则的不当扩大解释。私法领域中“法无禁止即自由”应有严格的适用限制：它不能适用于“禁令不足”与涉及“第三人利益”之地。^[31]自然资源具有浩繁性、广袤性，其用途亦随着社会经济发展而不断演化丰富。这常常导致国家立法对自然资源的保护规范暂时供给不足。立法技术上的禁令设立不足、特许规制不足之处，恰恰是需要弥补的漏洞，而不能反向解释出“自由”。这如，在暂未设立专门保护性条例的某些国家公园、湿地公园内，须在何种程度上对砍伐、放牧、狩猎、捕捞、采药、开垦、烧荒、开矿、挖沙等涉及资源物自由取用的活动进行规制？应防止对某些资源类型因立法政策被取消或降低国有化程度所引起的对其公共利用的过度自由化解读。这如，某些野生动植物资源根据其“珍贵性”不足而未被专门国有化、零星矿产未被归入国有矿藏范畴等，容易在社会观念上误解为这些资源物“非国有”“不重要”，从而可以被无限先占。^[32]

针对禁令与私法上国有化措施不足之处，应首先根据宪法第9条，以及依据其而形成的物权法第7条、民法总则第9条，发展出关于自然资源分出物自由先占的标的物类型与规模

[28] 参见黄锡生、史玉成：《中国环境法律体系的架构与完善》，《当代法学》2014年第1期，第121页。

[29] 该条在民法典物权编草案一次审议稿、二次审议稿中均被删除。

[30] 前引〔19〕，彭梵得书，第185页，第199页。

[31] 参见易军：《“法不禁止皆自由”的私法精义》，《中国社会科学》2014年第4期，第121页。

[32] 一些地方对虫草、灵芝、野参等重要植物资源滥采现象突出而官方监管不力，即与之有关。珍贵野生植物尚如此，对于未能获得野生动物保护法与《野生植物保护条例》保护的“不珍贵”“不濒危”“不重要”，不属于国家所有，但却同为生物多样性不可或缺组成部分的“一般”野生动植物的保护漏洞可想而知。近年来一些一般野生动植物因过度自由利用而逐渐变得“濒危”“珍贵”，急需国有化来拯救的悲剧，即与之有关。参见前引〔20〕，张力文。

的、内生于私法体系的衡量标准，以之作为关于先占取得标的规模与度量正当性的自限标准。即将物权原始取得应遵循的“公共利益”与“他人合法权益”标准，明细化为自然资源自由取用在公共秩序与善良风俗中的自限标准。这如在自然法学上，洛克关于人类开发自然资源过程中获取正义的“较弱的限制性条件”：只有当确保先占以后的剩余物对其他人“同样好和足够多”时，先占取得才算是尊重了公共利益与他人权益，从而才是正义的。^[33]由此看来，正当的先占取得不意味着“先来先受益”，^[34]而是意味着先占人应“向所有不再能随意地使用那件物品的人作出补偿”。^[35]无论是自然资源的用益物权还是对自然资源分出物的自由先占取得，均会在不同程度上造成自然资源的整体损耗与退化。对缺乏前置许可程序把关的自由先占取得，就更须防止一拥而上、涸泽而渔式的资源滥用。应处理好先占人与他人、与后代人可持续利用之间的矛盾关系。^[36]应处理好自由取得人与代表其他人与后代人利益的“国家——公共受托人”之间的利益冲突关系。原则上，只有当对资源物的先占不会实质损害包括后代人在内的其他人的同等类型与强度的先占机会利益的情况下，对自然资源分出物的先占才能够以无须许可的自由方式进行。这必然会排除那些因本身稀缺性使标的物难以被他人有效重复分享的资源物成为自由先占的客体。

由此便对陨石、乌木之类分出资源物能否被自由先占取得作出了回答：即使陨石与乌木因暂时未完成在私法上的国有化而属于无主物，也只有在对于陨石与乌木的先占不损害其他人的同等先占机会利益的情况下，才可无须许可地自由进行。但事实是，乌木与陨石均属稀缺资源，排他性先占必然实质减损他人的同等先占机会利益。对乌木与陨石的先占取得的正当性判断自与“采蘑菇”“拾柴火”大不相同，原则上不应允许自由先占取得，而只能通过设立许可加以有限利用。即使对诸如柴火与蘑菇之类“不珍稀”、暂时相对不稀缺的资源物的可自由先占的数量规模，也应限制在足以确保他人将来可有效重复分享的水平上，以防止人为加速资源枯竭，人为变“不珍稀”为“珍稀”。对此应专门规定特定自然资源分出物可自由取得的量值。这如白俄罗斯森林法典第42条规定，公民“为满足自己的需要”，一人一天可无偿采摘不超过三十公斤浆果、不超过二十公斤蘑菇等。同理可对“鱼泉”自涌野生鱼类的自由获取数量限制问题作出回答。^[37]

物权法第7条关于“物权的取得”应“尊重社会公德，不得损害社会公共利益和他人合法权益”的一般性条款，在关于自然资源分出物自由取得禁令不足时，将发挥重要的引导关于自然资源分出物自由取得的善良风俗弥补法律漏洞的体系完善功能，是自然资源公共利益实现的私法上的重要制度保障。由于该条款发挥着物质资料初始分配公平性法制保障的特有功能，故无法由民法总则关于“民事权利取得”（第129条）、“权利不得滥用”（第132条）、“民事法律行为违反强制性规定或公序良俗”（第153条）等其他一般条款加

[33] 参见[英]洛克：《政府论》下卷，叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1964年版，第19页以下。

[34] See Gerald Cohen, *Self-Ownership, Freedom, and Equality*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, pp. 78 - 79.

[35] [美]罗伯特·诺齐克：《无政府、国家与乌托邦》，何怀宏等译，中国社会科学出版社1991年版，第182页。

[36] See John Page, *Common Property and the Age of Aquarius*, 19 Griffith Law Review 191 (2010).

[37] 受益人若只是基于日常生活需要或自雇谋生而获取，当可认为合理。但受益人为扩大受益程度，修建围栏防止外人自由进入、收取门票，开设鱼泉主题农家乐，以所获鱼类烹任菜肴，就超出了其可自由先占的程度。相关报道见《重庆农户挖出鱼泉》，载南方网社会新闻 http://news.southcn.com/community/content/2015-06/24/content_126958325_2.htm，2019年11月14日最后访问。

以功能替代。将该条从民法典物权编草案中删去，实属不当，应予恢复。

2. 对先占取得无偿性的限制

即便法无禁止，且又符合为他人保留足够好和同样多的先占机会的分配正义（公共利益）标准，也只证明了先占取得规模与用途的正当性，并不能同时确保先占取得的无偿性。即是说，私法常识中先占取得的无偿性，在存在国家公权力介入自然资源利用秩序管理的情况下，可以被限制甚至剥夺。根据物权法第 119 条及民法典物权编草案二次审议稿第 120 条，国家实行自然资源有偿使用制度，但法律另有规定的除外。不难发现，对自然资源无偿使用的明确的授权性“另有规定”极为有限。这如水法第 48 条规定我国单位与个人取用水资源的，应按照取水许可制度和水资源有偿使用制度“申请领取取水许可证”等。那么，能否对上条作反对解释：在有限的授权性规定列明以外，禁止存在对自然资源的无偿与自由取用，从而即便对自然资源分出物的自由先占取得本身具有正当性与合法性，也一概要向国家支付对价？

普芬道夫、格劳秀斯等人在解释私有财产起源的正当性时，列举了两种被其称为“必需权”的自然权利：“为了生存”而于“合乎自然标准和节俭”的限度内对于公共财产部分的取得的“必需权”，以及在急迫情况下对已经归属他人所有的财产的合理取得的“必需权”。^[38]这两种“必需权”均因具有对人类个体生命与人格维持的自然法上的直接意义与正当性，而不应被国家权力与实证法征收与剥夺，是法律保留给人民的“剩余权”。“剩余权”的取得无须特许，而是基于默示的一般许可。反过来，部门法中对“剩余权”的罗列只可能是“不完全举要”。未被列举者也不适用“法无授权即禁止”之类推，而应依据其与核心“必需权”的标准符合度在个案中被增补。因此，不能根据物权法第 119 条及民法典物权编草案二次审议稿第 120 条得出反对解释：在有限与明确的授权性规定以外，不允许存在对自然资源的无偿取用，而应根据对特定自然资源类型的具体利用方式以及利用人对其的必需程度，扩张上条所规定具体自由取用的类型与内容的覆盖面。对直接为生活所必需的自由先占取得应解释为无偿。同时考虑自然资源自由取得溢出核心必需性边界的程度，渐进规定有偿自由先占取得类型，直至对先占取得自由的禁止，转而实行许可取得制度。

（二）对添附取得与孳息取得自由的限制

与先占取得相比，添附取得与孳息取得涉及针对私法上有在先权利的原始取得，其正当性要求理应更为严格。除要适用对自由先占中的全部禁令、须符合为他人保留同等取得机会之外，还须有更强有力的正当化理由。如前所述，添附与收取孳息的行为不同程度地包含了更为明确的劳动因素，形成了按劳分配的正当根据。^[39]更进一步是，回到普芬道夫、格劳秀斯等人所提出私有财产起源的必需权的第二类，即对已经归属他人所有的财产合理取得的“必需权”，这一“必需权”同样因具有对人类个体生命与人格维持的直接意义与正当性，而无须接受一般财产权取得场合的意思自由、交换正义的检验。^[40]这使得即便

[38] 参见 [德] 塞缪尔·冯·普芬道夫：《自然法与国际法》第一、二卷，罗国强、刘瑛译，北京大学出版社 2012 年版，第 263 页，第 325 页；[澳] 斯蒂芬·巴克勒：《自然法与财产权理论：从格劳秀斯到休谟》，周清林译，法律出版社 2014 年版，第 11 页，第 42 页以下。

[39] 但不能就此一概证成所谓通过劳动即可将他人之物转归已有的正当性。否则将冲击已形成的自然资源在私法上的权属关系，瓦解既有的国有与私有财产秩序。

[40] 前引 [38]，普芬道夫书，第 263 页，第 325 页；前引 [38]，巴克勒书，第 11 页，第 42 页以下。

自然资源在私法上成为国家、集体或其他主体所有之物，也可在确保生存需要的不可克减的底线水平上，保持对其中分出物自由取得的法律上延续性。这种将自然资源作为必需生存条件的依赖性一旦形成，便会经年累月潜移默化成为关于自然资源他主自由利用的习惯与风俗，成为对有主自然资源通过孳息取得或添附取得而自由取用的、最重要的正当性与合法性依据（如前述瑞士民法典第660条、俄罗斯联邦民法典第221条的规定）。在这种为习惯所确定的、对资源物的生存依赖关系中资源物的合理自由获取对象，仅以不可克减的保障生存的生活资料以及为实现前者目的作为自顾谋生条件的简单生产资料为限。而为大量储备生活资料、为形成对他人的雇佣关系而获取生产资料、为获得超额交换价值而取得资源物，均因超出上述生存保障的合理限度，可能对其利用空间范围内同时存在的自然资源用益物权构成竞争性侵夺，而无法适用自然资源分出物的自由取得。至于合理量度的具体标准，则根据具体社会时代与环境，一定经济发展与生活水平条件下对生存必需条件的习惯性理解来确定。也可用实际用途与日常生活的便利性、相关性来证明。例如，为建房而从国有或集体所有土地上少量取土，为食用或自雇谋生而从国有或集体所有的森林、水体中少量捕捞、捕猎，为饲养牲畜少量取水等。由此，即使通过私法上措施，将陨石、乌木、“狗头金”明确为是土地分离之自然孳息与有主物，也不能任许他人仅仅基于“劳动”（挖掘行为）而排他地原始取得其所有权。因为开采人对这些资源物的取得目的均为收藏或交易取得高额对价，显然超出了为生存所必需的程度条件。^[41]

在民法理论中，因孳息取得与添附取得均涉及对他人所有之物的取得，造成了他人所有权以及用益物权（如有）的价值减损，故都有根据自由取得人与所有权人之间约定或依法向所有权人进行补偿的问题。当自然资源分出物的孳息取得与添附取得的原物所有权人为国家时，这里的补偿关系往往因人民世代少量利用依赖传统迫使所有权人（国家）施与优惠政策而减免。但当原物所有权人非为国家而为农民集体甚至私人，或者存在自然资源的用益物权人时，仍应根据自然资源分出物取得人与自然资源所有权人之间的身份亲疏远近程度、利用依赖程度，使所有权人与用益物权人得行使一定程度的分享或补偿请求权。易言之，当取得人是作为自然资源所有人主体的身份性成员（如农村集体经济组织成员）时，其取得对价应当减免。但若非为身份性成员，如城市居民对农村集体经济组织所有自然资源在合理限度内的原始取得，则应允许所有权人向取得人主张一定程度的补偿或分享。

（三）对农民集体所有自然资源中分出物的原始取得自由的特殊限制

对国家所有与对农民集体所有的自然资源中的分出物的自由原始取得，具有法理与制度的统一性之一面：无论针对国家所有还是集体所有自然资源中的分出物，选用先占取得、孳息取得还是添附取得的方法，或是对所选取各种原始取得自由的限制方法，应可通约。这是因为，无论自然资源归国家所有还是集体所有，均缘于国家主权对资源利益分配模式的选择与贯彻；二者均处于宪法第9条第2款“国家保障自然资源的合理利用”的制度性保障规制之下；二者均存在其宪法上效力与私法上效力的区分现象。当前我国实施的政府主导下的“自然资源统一确权登记”制度，则是其法理统一性的技术表现。

[41] 参见前引[20]，张力文，第906页。

但是，在宪法上自然资源国家所有与农民集体所有的公共利益保障范围与程度却又有不同。根据宪法第9条第1款，只有自然资源国家所有才受到“国家所有，即全民所有”的目的性约束，才方便引入公共信托所有权的解释框架。《自然资源统一确权登记暂行办法》第4条也要求“划清全民所有与集体所有之间的边界……划清不同集体所有者的边界”。这种区分集中反映在对农民集体所有自然资源分出物原始取得自由的限制方面。农民集体所有并不负担“全民所有”的公益性要求，非农民集体成员对集体所有自然资源的自由利用因而缺乏“全民所有”这一基本的制度性保障的支持。即使集体所有的自然资源因尚未完成探明、确权登记，而未能完成向私法上集体所有权的转化，也应认为农村集体土地领域内可能包含的全部自然资源（法律未规定可为集体所有的自然资源除外），已被宪法预留该集体成员世代专享。只有该农民集体的成员才可将上述未在私法上有主化的本集体专享的特定类型自然资源作为无主物看待，非本集体成员则无此资格。非本集体成员需要取得农民集体所有的自然资源分出物的，只能通过更为严格的、在最必要情况下方可实施的孳息取得或添附取得实现，并且还须就其造成的损失支付更为高昂的经济补偿。^[42]

六、自然资源分出物原始取得自由的私法定位与救济方式

在物权法与民法典物权编草案二次审议稿中，自然资源的自由利用均不是用益物权的一种。这造成对自然资源分出物的原始取得“自由”究竟具有何种意义的私法效力、在何种性质上作为请求权基础支持提起民事诉讼以获得救济，不无疑问。

“客体确定了私权在外部世界的条件和限度，客体的属性，限定了权利人作用外部世界来达到目的的能力”。^[43]自然资源分出物原始取得行为的客体是待分出的自然资源成分，缺乏作为物权客体所必须的独立性与现实性。易言之，在自然资源成分由母体分出完成之前，尚无可作为物权客体的自然资源分出物的独立存在；而分出一旦完成，所分出的资源产品虽有现实性与独立性，却又成为绝对发生的新所有权的客体，亦无法作为取得自由本身的物权意义上的客体。这一客体缺失还无法像自然资源用益物权那样，通过获得针对特定自然资源所在土地一定程度的支配排他效力而予以拟制性的弥补。^[44]同时，取得行为所针对的“未来”资源分出物存在质与量上的“无限可能”，也不符合基于物权客体现实性而

[42] 关于农民集体所有自然资源的自由原始取得的法理与法技术特殊性，源于农民集体所有制在关于公有制的经典理论中的“过渡性”定位。在我国，农民集体不属于公法人，社会主义条件下的农民集体所有权与国家所有权之制度价值存在显著差异。农民集体所有权既不是纯粹的私法上物权，也并非纯粹的公物权。这令农民集体无法像国家那样，通过“公益信托”理论，通过行政特许规制与辅助自然资源用益物权的设立与运行，来调整农民集体所有自然资源的利用，也无法自足地调整集体所有自然资源分出物的自由利用，而仍须借力复杂的自然资源政府管制体系。故本文所完成的，主要是基于国有自然资源相关问题研究而获得的对农民集体所有自然资源相关问题解决方法的可通约部分，以及关于农民集体所有自然资源分出物自由原始取得的法律调整方法中某些典型的特殊性。

[43] 李建华、王琳琳：《构筑私权的类型体系》，《当代法学》2012年第2期，第88页。

[44] 这种物权客体难题其实在特定主体特许取益权中同样存在，即同样不可能将分出资源产品在其被分出前后的任何时点上作为物权客体。只不过因权利人基于特许而获得了就资源物分出发生资源母体（土地）的排他性效力，以土地弥补了上述物权客体的缺位。这也造就了准用土地用益物权之技术框架，容纳并实现对土地（资源母体）中分出资源产品的他主取益之单一内容的、超越传统土地用益物权制度原理的新权利类型，故此称其为“准物权”。

确保的物权排他效力的确定性要求。对于这种社会主体针对未来无限可能的客体的消耗性开采行为，也不能一般性地赋予绝对权的排他效力，以防止对其他社会主体的未来同等利用机会利益的损害、防止对同种自然资源之上先存的自然资源用益物权的竞争性侵夺，以及防止对自然资源所在土地的所有权人与用益物权人之物权效力的抵消。虽然从自然法上不妨说，自然资源是大自然提供给全人类的生存与发展的公共物质条件，全人类均享有开放与自由利用自然资源的“自然权利”，但这一“自然权利”并不能普遍与直接地转化为私法上的物权。取而代之的是，为克服对资源无限制开采可能导致的资源枯竭危险，自然资源利用之“自然权利”的“无限”潜能被实证法“一般性征收”，转化为自然资源公共所有（国家所有或集体所有等）的公共托管机制，再通过特许、有偿、限量等方式，将这一自然权利改造为用益物权并选择性地返还给少数“最佳”的规模化利用人。而只有在普芬道夫、格劳秀斯等人所谓在“为了生存”而于“合乎自然标准和节俭”的限度内对自然资源取得的“必需权”，才有可能豁免于国家征收与特许授权规制体制。在这一过程中，实证法必须始终处理好两种价值冲突：其一，防止政府或自治地方对公民资源利用之自然权利的过度征收与禁止，将管制范围不当扩大到历史传统中作为个人生存条件保障或方式且不会实质性损害自然资源可持续利用公共秩序的“必需权”。其二，防止因禁令与管制不足而任由利用人突破自由利用“为了生存”与“合乎自然标准和节俭”的必需限度，损害自然资源利用的他人利益及公共利益。由此，自然资源分出物原始取得所依赖的“自由”，将始终处于对该自由的公法上管制性规范与民间习惯所要求的豁免之间不断变化的政策角力之下，成为法律禁令外加资源保护之公共政策与善良风俗共同确定其范围的、内容变化的“剩余权”。这一“自由”自然无法取得效力完满自足的私法上的绝对权效力。因此，原始取得自由本身（而非其取得权利后果）并不被作为私法中的“权利”对待。而应在原始取得行为（过程）遭遇恶意、违反公序良俗或违反保护性规定的妨碍行为的情况下，将这一“自由”作为“法益”对待，并分别形成针对公权力或私人侵害来源的公法上与私法上的排除妨碍等请求权。

进一步，虽然现有关于自然资源依法“占有、使用与收益”的直接法律根据位于物权法以及未来的民法典物权编中，但由于对自然资源分出物的原始取得自由仅针对取得未来财产权的劳动过程，具有利益的或然性，而非针对可能获得的劳动成果在未来的财产支配过程，故这一“法益”就不是“财产性”的。应回到其“为了生存”而取得物质资源的“必需权”的本来目的，即将其作为人格性法益对待。这如，虽然日本民法典并未对自然资源非特许性自由使用的私法效力加以规定，但资源物取用自由仍然构成私法上排除妨碍的请求权基础，仍通过判例确认“妨害此权利时，当然产生民法上侵权行为之问题，若该妨碍继续时，即有请求排除之权利”。而这里的“权利”即为接受民法法人格权及侵权责任规范调整的“自由权”。^[45]在我国，则可根据民法典物权编草案二次审议稿第119条中关于“依法占有、使用与收益”，将自然资源分出物原始取得所依之“法”向民法总则第109条的规定“自然人的人身自由、人格尊严受法律保护”形成引致。令该项自由作为“财产取

[45] 前引〔7〕，张建文文，第251页以下。

得性人身自由”，^[46]成为一般人格权的一种表现形式。由于自然资源分出物原始取得自由的利益范围仅限于行动自由本身，而不包括未来所取得资源物新所有权的必然性，那么对于该项自由的私法上的救济手段应限于排除妨碍。它以扫清其行动自由障碍为目的，而不能获得指向未来分出物的财产损害赔偿。但对妨碍行为造成其原始取得行为中所投入人力物力之成本损失，则可要求损害赔偿。对于因妨碍行为造成其原始取得机会丧失，应仅在加害人以最恶意与背俗之方式造成原始取得人丧失取得机会且无法以替代之取得行为恢复该机会时，方能要求机会利益损害赔偿。

本来，对自然资源分出物的添附取得与孳息取得自由应与先占自由一道，同享一般人格权属性及其救济力度，但二者的特殊性在于，它们可导致自然资源在私法上的所有权人及某些用益物权人的直接利益减损，而更需要能方便地进行自由取得人与所有权人及用益物权人之间的利益衡量的私法上技术，以确保其正当性。为此，相比自然资源分出物先占取得“自由”的“自由权”（一般人格权）属性，添附取得与孳息取得“自由”在历史传统中更倾向于根据习惯、地域组织活动准则所确定的身份性自由，通过限缩利用人主体范围，强化其自由利用的正当性基础。这如日本民法中从地方习惯演化而来的“入会权”（或称为“樵牧权”）制度。入会权是“村落等一定地域的居民团体对部落所有的山林、原野、渔场、用水等所享有的总有性支配权”。^[47]入会地为入会原住民村落所有的，入会权有公共共有之性质，适用日本民法第263条共有之规定（具体说应是集体成员的共有份额权或总有成员权）。入会地属于入会原住民村落以外者，入会权有地役权性质，准用日本民法第294条地役权之规定。^[48]但无论入会权适用共有还是地役权之规定，都不改变身份性团体内部成员对习惯划定领域内自然资源的优先利用自由，以及对非成员的“外人”的同类利用要求具有排他效力的“人役权”色彩。在我国，关于自然资源利用的地方习惯同样推动了国家立法将特定范围内、特定类型的自然资源划归该领域内原住民共用共享，形成了有中国特色的自然资源的农民集体所有、民族自治区的保留与优先利用制度等。农村集体成员依据集体成员权即可在合理限度内，通过添附取得与孳息取得而实现对本集体所有自然资源的自由利用。这也是农民集体所有的自然资源供本农民集体成员分享的应有之义，是自然资源的农民集体所有制与农民集体成员权获得落实的具体表现。

以身份性“共有成员权”为圆心向外，逐步淡化身份性，扩大受益主体范围及取得客体范围，自然资源分出物添附取得与孳息取得自由还可发展出“公物附近居民”对自然资

[46] 长期以来，我国法律体系中的“人身自由”在对抗非法逮捕、拘禁、搜查等剥夺或限制公民人身自由方面的宪法与部门法效力上的阐释相对系统与明确，而在获取基本社会经济生活物质条件方面的解释则较为隐晦。但既然宪法第9条第1款所规定的自然资源归“国家所有，即全民所有”、第2款所规定的“国家保障自然资源的合理利用”可被联合解释为：符合自然资源“全民所有”目标的对自然资源的利用就是合理利用，从而是需要国家机关通过具体法制形成来保障的，那么人民对自然资源在合理限度内的取用自由就应包含在其“合理利用”范围内而获得宪法保障。易言之，“人身自由”应是包括财产相关性的广义自由：“人身自由是自然人自主参加社会各项活动、参与各种社会关系、行使其他人身权和财产权的基本保障，是自然人行使其其他一切权利的前提和基础”。参见本书编写组：《中华人民共和国民法总则注释本》，法律出版社2017年版，第75页。

[47] 参见罗丽、邓海峰：《日本资源物权制度的种类、特色与启示》，《法学杂志》2010年第1期，第112页。

[48] 参见史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社2000年版，第119页。

源相比非相邻之他人的“增强利用权”，^[49]在一定程度上可准用“相邻权”，解决对资源分出物的添附取得与孳息取得行为的私法上“权利”根据问题。我国还实行民族区域自治制度，对民族传统习惯中原住民（尤其是少数民族）对其世代生息地域内的资源物自由取用提供一定优惠空间。而比上述权利构造在受益人方面更为宽松的，如瑞士民法典第660条“在习惯允许的范围内，任何人得进入他人的森林、牧场采集莓类、菌类等野生植物”（仅针对他人的森林、牧场可行）。而在取得客体范围上更为宽松的，则如《独联体成员国示范民法典》^[50]第231条：“在依照立法、所有权人的一般许可，或者地方习惯，允许在森林、水体或者其他区域采集浆果、捕鱼、采集或发掘其他公众可采集物和动物的，对相应物之所有权由采集人或者发掘人取得。”至此，这种淡化利用主体身份的自然资源分出物添附取得与孳息取得自由，也最终由人役权、身份权复归一般人格权属性，接近于自然资源分出物先占取得“自由”的私法上构造。但这也更加提示了，由于不受所有权人许可限制，就更有必要通过立法或在司法实务中查明自然资源自由利用相关地方习惯的内涵，辨明对自然资源分出物的添附取得与孳息取得自由在所处时代、具体地域与人群中的正当性条件与范围，以防止其滥用。

结 语

自然资源类型与用途的多样性、其利用技术的发展性，都使与宪法及主权意义上宣誓自然资源整体国有化（或归其他主体所有）相比，私法上自然资源财产权的形成过程具有滞后、渐进与不完全性的特征。这就使不同类型的自然资源分出物可能处于从无主物到归国家或集体所有的不同且变化的法律状态阶段上，从而需要针对性地选取具体原始取得手段。针对自然资源分出物的自由取得在私法上的法律事实，既不是在现有原始取得类型外设计成的“一种”“独立”的新类型，也不可能从现有原始取得事实类型中锁定其一，而应选取原始取得手段中的相关类型——先占取得、孳息取得、添附（加工）取得，分别确定其适用条件、范围与限度。如此，方能完成民法学中关于对自然资源的自由利用与传统民法中所有权的各原始取得方式之间可能的制度关系的讨论，帮助明确自然资源利用自由在我国民法典中的有效表达方式与展开路径。由此可发现：先占取得的技术特征，便于通过私法手段实现自然资源的初始分配正义；孳息取得与添附取得可不基于前手权利人同意的技术特征，则便于在最必要情况下，通过私法手段实现对已归他人的自然资源向更必须保障者的再分配，增强了民法对分配正义的实现能力。原始取得之事实行为性质，令其只须从行为外观考虑其“成立”，而无须根据行为人的效果意思考虑其“生效”。这简化了自然资源保护的公共政策对自然资源分出物原始取得的范围、限度与合法性的评价与规制过程，方便了公、私法的接轨。要特别指出的是，劳动曾被广泛认为可单独作为物权原始取得的

[49] 参见肖泽晟：《公物法研究》，法律出版社2009年版，第157页以下。

[50] 《独联体成员国示范民法典》由“独联体成员国议会间大会”于1994年至2003年分编制定完成。参见张建文：《独联体示范法运动的理论与实践（代译序）》，载张建文译：《独联体成员国示范民法典》，法律出版社2014年版，第1页以下。

根据类型。^[51] 本文不单独考虑劳动与自然资源分出物原始取得之间的关系，也不将其作为一种独立的物权原始取得方式对待，系因劳动是一切财产初始取得与分配的最基础的动力与根据。正因其不可或缺，劳动被融合到加工等添附过程、孳息的催生与收取、复杂先占的实现过程，被这些物权原始取得方式所吸收，在不同程度上成为这些物权取得方式的正当性来源，而不再作为单独的物权原始取得方式发挥作用。

Abstract: The free acquisition of natural resource products must be achieved through various original ownership acquisition means in the private law. For resources that are “state-owned” only in the constitutional sense and have not yet become the objects of ownership in the private law, the preemptive acquisition rule for ownerless objects can be applied. For resources that have become the objects of ownership in the private law, the acquisition by way of attachment and fructus can be applied and such acquisition does not have to be based on the will of the former owner or the usufructuary right holder. Labor has been integrated into the aforementioned original acquisition means and therefore is not a separate means of original acquisition. The free original acquisition of natural resource products must follow such rules as “acquisition for survival, meeting natural standards, being frugal”, “retaining plenty and good enough opportunities to others”, not violating laws on the protection of natural resources, public order, good customs, and not constituting competitive encroachment upon the usufructuary right of natural resources. The freedom of original acquisition of the ownership of natural resource products is not an absolute right or property right in the private law, but should be the legal interest protected in individual cases.

Key Words: natural resources, preemptive acquisition, acquisition by attachment, acquisition by fructus, legal interests

[51] 前引〔26〕，高富平书，第768页以下。