

“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

李忠夏*

目次

- 一、“国家所有”的规范分析背景
- 二、宪法变迁视角下的“国家所有”:类型化的处理
 - (一) 静悄悄的革命(quiet revolution):宪法变迁背景下的“国家所有”
 - (二) 作为宪法类型的“国家所有”
- 三、“国有财产”的宪法诠释
 - (一) 立法解释中的“国有财产”
 - (二) 学理解释中的“公共财产”:与公物概念之异同
 - (三) 实践之要求
- 四、国家所有类型化诠释的社会功能:以自然资源为例
 - (一) 文本的变迁
 - (二) “自然资源”概念的宪法界定
 - (三) “自然资源”的一般使用与特殊使用
 - (四) 管制与市场:“自然资源”的营利性与公共性
- 五、结语

摘要 宪法中的“国家所有”条款至今并未得到足够的重视和认真的分析,但实践中仅仅通过私法规制“国家所有权”已经难以回应现实的问题,已经有学者开始引入公物等概念,并建构宪法上的“国家所有权”,但这个分析是仓促的,而且在规范逻辑上难以成立。“国家所有”条款的宪法分析应该立足于现行的宪法体系,以宪法变迁为背景,结合我国的立法现状与社会现实,从而对“国有财产”的规范内涵

* 山东大学法学院副教授、法学博士。

本文系国家社科基金一般项目“中国宪法学方法论反思”(项目编号 13BFX031)与中国法学会法学研究课题“基本权利的社会功能”[项目编号 CLS(2014)D017]的阶段性成果。

感谢匿名评审老师的中肯意见。

进行诠释。“自然资源”的“国家所有”在学界备受争论,对这一问题的解读同样需要上升至宪法层面,从而就“自然资源”进行宪法上的界定,并对“国家所有”所衍生的权利、义务进行分析。从宪法角度对“国家所有”条款进行规范分析的目的在于防止对“国家所有”的规制完全遁入私法,从而丢失公法上的监管与义务。

关键词 国家所有 自然资源 公物 宪法规范分析

一、“国家所有”的规范分析背景

在目前的宪法学研究中,“国家所有”条款并未得到足够重视,尽管前几年因“乌木案”和“风光立法案”^{〔1〕}这两个案件而有学者开始讨论自然资源国家所有权问题,并试图建构起宪法上的“国家所有权”,但此类分析一方面想当然地从宪法中的“国家所有”条款和物权法中的“国家所有权”直接推出宪法上的“国家所有权”,^{〔2〕}从而错误地将“国家所有”与《宪法》第13条的“私有财产权”嫁接在一起,忽视了“国家所有”与“私有财产权”在本质上的不同,并使“国家所有”从《宪法》第12条“公共财产”的规范体系中脱离;另一方面,几乎所有的分析都未能就“国家所有”的规范建构进一步充分展开,这也导致现有文章实际上并未直接回应现实中围绕“国家所有”所出现的诘难,这也构成本文写作的初衷。

从“乌木案”和“风光立法案”这两个案件中,可发现围绕“国家所有”存在的争议是:1)“国家所有”条款建构的是“国家”排斥私人侵害的请求权(宪法上“公共财产”的范畴),还是“国家”排斥国家公权力侵害的请求权(宪法上的国家所有权)? 2)“国家所有”之财产是否绝对排斥私人使用,这是“河中取水”的难题;^{〔3〕}3)“国家”对“国有财产”的利用是否应受到特定限制? 第一个问题解决的是宪法中“国家所有”条款的规范属性问题,是应纳入到《宪法》第13条的“私人财产权”范畴,还是应纳入到《宪法》第12条的“公共财产”范畴;第二个问题解决的是个体对国有财产,尤其是自然资源和土地,究竟享有何种权利,其基础是什么,其限度又是什么(毕竟“国家所有”条款的设立本身就是为了防止个体的非理性使用);第三个问题解决的是“国家”应如何“合理利用”国有财产,这个问题在目前中国尤其需要解决,因为现实中存在着“国家”为了经济利益自己或者许可第三人开发

〔1〕 风光立法案:2012年6月14日,黑龙江省第十一届人大常委会第三十三次会议审议通过了《黑龙江气候资源探测和保护条例》,其中规定企业探测开发风能及太阳能资源必须经过气象部门批准,气候资源属国家所有;乌木案:2012年春节,四川彭州农民吴高亮在自家门口的河道边发现七根阴沉木(乌木),最大的长约34米,直径约1.5米,当地政府认为该批乌木是地下埋藏物属国家所有,并奖励吴高亮7万元,后经中国林业科学研究院鉴定,该批乌木是“金丝楠木”,价值千万,吴高亮认为乌木应属自己所有。

〔2〕 有关这方面的研究可参见马俊驹:《国家所有权的基本理论与立法结构探讨》,载《中国法学》2011年第4期;税兵:《自然资源国家所有权双阶构造说》,载《法学研究》2013年第4期;巩固:《自然资源国家所有权公权说》,载《法学研究》2013年第4期;徐祥民:《自然资源国家所有权之国家所有制说》,载《法学研究》2013年第4期;王旭:《论自然资源国家所有权的宪法规制功能》,载《中国法学》2013年第6期;讨论土地国家所有时涉及国家所有权的文章包括:程雪阳:《论“城市的土地属于国家所有”的宪法解释》,载《法制与社会发展》2014年第1期;肖泽晟:《宪法意义上的国家所有权》,载《法学》2014年第5期。

〔3〕 柳经纬:《我家住在小河边》,载《法学家茶座》第19辑,山东人民出版社2008年版;林来梵:《取水难题:菊花的困惑》,载《法制资讯》2008年第6期。

“自然资源”、为了公共利益或者商业利益进行土地征收和房屋拆迁、国有企业过于沉迷于纯粹盈利而忽视自身所应承担的公共任务等复杂情况，所有这些都引发了严重的社会问题，亟需给出法律层面的回应。

本文重在解决前述三个问题中的后两个，对于第一个问题，即宪法上“国家所有权”的问题，将另行撰文。但需要交代的是：从宪法语义、“国家”（公法人）的基本权利主体地位、宪法财产权的属性与功能（目的解释）、“八二宪法”的历史变迁（对《宪法》第12条“私人财产权”与《宪法》第13条“公共财产”的影响）与体系结构等几个方面分析可以得出，宪法上的“国家所有权”无疑是一场“美丽的误会”。宪法中的“国家所有”条款（《宪法》第7、9、10、12、16条）应置于“公共财产”的框架下解读，而非与《宪法》第13条的“私人财产权”条款联系在一起，否则就会出现一些令人难以解释的逻辑混乱。比如有学者试图在“国家所有”方面建构“宪法所有权-民法所有权”的双阶构造，以图通过“宪法所有权”实现对国家占有、收益、处分的一种约束，甚至将其解读为“国家的基本义务”，〔4〕这显然瓦解了一直以来人们对基本权利的认知；还有学者通过其他方式论证宪法“国家所有权”的成立，并因此而保障公民附着于“国家所有”之物的利益；有的学者认为由于“国家”不能等同于“政府”，因此“国家所有权”不能限缩为“政府所有权”，应该从“国家所有权”中推导出政府的责任与义务；〔5〕而有的学者则相反，认为“国家虽然不能成为基本权利的主体”，但“国家机构”却可以。〔6〕无论采用何种论证模式，其目的都在于对国家公权力施加一定的限制，要从“权利”牵强附会地推导出“责任”，并且未能深入探讨基本权利的属性、宪法财产权的意义与功能以及“国家所有”条款在宪法体系中的地位（历史与现实的双重维度），不可避免会产生一些概念和逻辑上的混乱。

尽管从“公法人的基本权利主体”〔7〕角度无法直接排除“国家”作为基本权利主体的可能性，但如果从财产权的传统防御权属性与其社会功能的变迁角度来看，〔8〕宪法上的“国家所有权”将“国家所有”与《宪法》第13条的“私有财产权”结合在一起无论如何都充满了悖论。然而如果宪法中的“国家所有权”不能成立，那“国家所有”究竟是什么？应该放到何种规范框架中加以分析？对该问题的回答，需要对“国家所有”条款的制宪背景、1982年之后中国宪法的变迁、“国家所有”条款在宪法体系中的定位等有所了解，通过上述几方面从而对“国家所有”条款进行类型化的解读。

〔4〕 参见前注〔2〕，税兵文。

〔5〕 该观点的问题在于将国家视为是无形的，反而使得“国家所有权”失去了作为权利的存在意义，并且将“国家所有权”的逻辑等同于“国家主权”，造成了权利与权力逻辑上的混淆，参见前注〔2〕，肖泽晟文。

〔6〕 该观点的问题在于对“公法人基本权利主体地位”问题未能深入分析，轻率得出“国家机构可以成为基本权利主体”的结论，反而忽视国家机构之间的侵权不应从权利角度，而应从“超越权限”角度加以理解的常识，参见前注〔2〕，马俊驹文。

〔7〕 关于“公法人的基本权利主体地位”问题，学界存在争论，德国的实践也是原则上排除，但结合德国基本法的文本及其传统，联邦宪法法院认定在某些领域（如大学、广电营造物、教会、乡镇等）承认公法人的基本权利主体地位，但财产权却不在此限。关于“公法人基本权利主体地位”详见李建良、刘淑范：《“公法人”基本权利能力值问题初探：试解基本权利“本质”之一道难题》，载汤德宗主编：《宪法解释之理论与实务》（第四辑），台北中研院法学研究所筹备处2005年版，第291~410页。

〔8〕 传统意义上，财产权是个体为防止私人财产遭受国家公权力侵害所拥有的宪法权利，是宪法上的防御权，并与个体自由紧密联系在一起，卢曼看到了宪法财产权在国家社会融合背景下以及社会功能分化背景下的功能变迁，即“维系社会的功能分化”，防止政治系统对经济系统的过度干涉，导致经济系统自主性的丧失，从这个角度来说，宪法上的“国家所有权”一旦实现，有可能导致“国家”对“所有”之物或者财产的滥用，并因为某种政治目的而介入到经济系统当中。See N. Luhmann, Grundrechte als Institutionen. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, 3. Aufl., Berlin 1986, S. 110ff.

二、宪法变迁视角下的“国家所有”:类型化的处理

(一) 静悄悄的革命(quiet revolution):宪法变迁背景下的“国家所有”

从宪法文本来看,“国家所有”条款与第13条的“公共财产”条款更具亲缘性。从“五四宪法”第6条^[9]即可看出,“自然资源国家所有”的条款并非像“八二宪法”一样独立出来,而是与“国营经济”条款并列,“八二宪法”第9条也将自然资源的“国家所有”界定为“全民所有”,同第7条有关“国有经济”的界定相同,可见“国家所有”条款是与《宪法》第12条“社会主义公共财产”条款相呼应的,而《宪法》第13条“私有财产权”条款则与第11条的“个体经济、私营经济等非公有制经济”相呼应。私有财产权防止的是国家公权力,而公共财产防止的则是个体的非理性,防止“任何组织或者个人”的破坏。如果从宪法制定之初这两个条款的功能来看,其都旨在维护“社会主义公有制”,从而在经济制度上确立“公有制”的主导地位。^[10]从新中国几部宪法的制定来看,“国家所有”条款都是服务于“社会主义”理念的实现,最大限度上限缩私有制所带来的盲目、非理性以及分配上的实质不公,从而通过国家计划指令在全社会范围内实现一种理性分配和宏观调控的理想图景,而这也与建国以来制定的赶超战略和重工业优先发展战略遥相呼应。^[11]这种假定是以个体非理性而国家理性为基础,与自由主义的理性人假定完全相反。

从文本结构和制宪原意来看,“国家所有”应纳入到《宪法》第12条的规范体系中。如果将“国家所有”与“公共财产”联系在一起,则可排除宪法意义上的“国家所有权”,有学者已经指出,“所有公共财产的形成、运作、消灭、保护等等各方面,都是依据公共权力的,在民法意义上可以成为权利,以宪法意义而论,现代公法上的国家或政府无权利,政府对于公产的所有和管理,是政府对人民应负的责任,是一种公法上的义务,但绝非权利。进一步说,国家财产本质上根本不是一种权利,而是国家活动的一种形式即一种权力表现”,^[12]这恰当表述了“公共财产”的规范逻辑。与“私有财产权”以建立消极防御权为旨归,其义务主体为国家公权力不同,“国家所有”和“公共财产”的义务主体则是“任何组织或个人”,“私有财产权”更重对国家公权力的宪法审查,而“公共财产”则依循权力的民主逻辑,更加依赖立法的形成。

尽管“国家所有”条款从制定之初服务于“社会主义”的理念,与“公有制”和“计划经济”绑定在一起,其目的在于实现对“国有财产”的理性利用,从而实现社会层面的分配正义,但“国家所有”条款也不能无视“八二宪法”制定之后的社会变迁与宪法修改,随着“市场经济”“人权条款”的入宪和“国有经济”“国有企业”“私有财产权”等条款的修改,宪法已经明确体现了三十年来社会变迁的方向,即朝着自由竞争、市场化、私人自治与私人财产权的方向不断推动,经济自由主义的理念不断得以发展,并最终导致了“经济系统从政治系统中分出”,实现了“经济系统的自

[9] 1954年《宪法》第6条第1款规定:国营经济是全民所有制的社会主义经济,是国民经济中的领导力量和国家实现社会主义改造的物质基础。国家保证优先发展国营经济。第2款规定:矿藏、水流,由法律规定为国有的森林、荒地和其他资源,都属于全民所有。

[10] 参见汪庆红:《新中国公共财产概念的历史考察:以宪法为中心》,载《理论导刊》2014年第10期。

[11] 林毅夫、蔡昉、李周:《中国的奇迹:发展战略与经济改革(增订版)》,格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社2014年版,第28页以下。

[12] 甘超英:《新中国宪法财产制度的历史回顾》,载《中国法学》2010年第4期。

主运行”。^[13]

“八二宪法”之前甚至“八二宪法”前期，宪法围绕“社会主义”的政治目标和“公有制”的经济制度构筑了计划经济、国营经济、国营企业、国家所有等一系列相关配套制度，随着1993年“社会主义市场经济”、1999年“依法治国”和2004年“尊重和保障人权”以及“私人财产权”的入宪，“八二宪法”在文本整体保持不变的情况下，实现了“静悄悄的宪法革命”，国家与个体之间的关系实现了“哥白尼式的翻转”：之前，国家是理性的存在，围绕“社会主义”和“公有制”所确立的国家理想是至高无上的，个体只能在政治共同体和远景政治目标中才能找到自身的存在；之后，随着“社会主义初级阶段”的确立，“活在当下”的改革开放适当搁置了对理想目标的过度追求，转向注重现实，当经济系统从以某种理想为预设的政治系统中分化出来并独立运行之后，个体理性就随之得到彰显，而国家理性则退居幕后，个体理性取代国家理性成为“八二宪法”的核心。与之相应的是，个体在国家之外获得了独立存在的价值，个体的基本权利取得了真正的重要性（如人权意识的提升、人权的入宪以及私有财产条款的修改），这是一种从公到私、从集体到个体、从计划到自由的变迁路径。

对“国家所有”条款的理解也需要置于这种宪法革命式变迁的背景之下。一方面，《宪法》第13条的“私有财产”条款在宪法变迁的总体背景下意味着个体理性的彰显，而宪法中的“国家所有”条款的设立目的在于防止个体的非理性，因此这二者之间存在逻辑上的不兼容；但另一方面，“国家所有”条款也从完全的政治使命中解放，仅承担法律秩序内的公共任务，此种公共任务的实现与市场化的趋势相结合，而采取更为灵活的手段。因为“国家所有”长期服膺于特定的政治目的，从而长期处于国家单方面的控制之下，经营价值要让位于国家任务，其经营长期缺乏市场竞争导致效率低下，并且计划经济理念下的分配体制无法有效激活生产动力，因此在“国家所有”方面造成了严重腐败、效率低下等问题，这从“国有企业”的改制中可得以更为清晰的洞察。^[14]“国家所有”条款、尤其是自然资源的国家所有在制定之初便包含了“经营”的理念，但此种经营是假定国家的理性会顾及全民的利益，因此不存在“盈利性”与“公共目的”之间的矛盾。随着对计划经济和国家管控一切之思维的反思，国家对国有财产の利用也开始采用更为灵活的方式，并朝向市场化的方向发展，对自然资源的开发、土地的使用以及国有企业的改制都概莫能外。然而这种“市场化”思维又导向了另外一个极端，“国家”完全以市场逻辑、经济系统的逻辑经营“国家所有”之财产，导致的结果是附着于“国家所有”之上的公共目的的流失，而完全以盈利为主导。并且“国家”凭借其政治上的优势导致市场竞争的异化以及经济系统自主性的受损，进而形成新的市场垄断，将“国家所有”与“私有财产权”结合而成“国家所有权”反而会间接起到推波助澜作用。就此而言，只有在“公共财产”的视野下才能既保证“国有财产”开发利用的效率和灵活性，又保证其公共任务的保持。

鉴于宪法变迁和社会现实，在“国家所有”的宪法实践方面因此形成了“盈利性”与“公共福祉”、国家调控与市场化之间的矛盾，这也构成了“国家所有”规范分析的问题起点。从今天的社会

[13] 在卢曼看来，经济系统的分出最重要的标志是货币的独立和一般化，其背后则是价格制度、私有财产制度等配套体制的建立，我国在20世纪80年代之后逐步从完全的计划价格专项价格双轨制迈向价格的市场化，从而逐步实现了经济系统的相对自主性。关于卢曼的基本权利理论可参见李忠夏：《基本权利的社会功能》，载《法学家》2014年第5期。

[14] 关于国有企业的效率问题可参见刘瑞明：《国有企业的双重效率损失与经济增长：理论和中国的经验证据》，格致出版社·上海三联书店·上海人民出版社2013年版。

现实与宪法变迁的角度来看,“国家所有”的规范建构应重在反思现实中的过度市场化之后果,避免“国家所有”的彻底私化,重塑“国家所有”的规范结构中所蕴含的“公共任务”,从完全服务于“社会主义公有制”这种理想化的理念中解脱出来的“国家所有”并不意味着其“公共任务”的丧失,而是实现了从单纯的政治使命向宪法上的“公共任务”的限缩。这意味着,“国家所有”在公共目的与盈利性、公法调控与私法自治之间必须形成清晰的法律框架,这也构成了“国家所有”介于公私法之间的特殊秉性。

依上文所述,从文本、历史变迁和社会现实这三个维度出发,结合“国家所有”条款的制定目的和八二宪法的体系特征可以得出宪法中的“国家所有”条款所具备的共同特征:1)“国家所有”条款应在“公共财产”的框架秩序(Rahmensordnung)下理解,而不是与《宪法》第13条的“私有财产权”相结合而成“国家所有权”;2)在市场化的宪法变迁背景下,“国有财产”的经营可以采取更为灵活的方式,比如民营化,因为宪法并未明确规定具体经营“国有财产”的方式;3)融入市场的“国有财产”不能遗忘附着其上的公共任务,但该公共任务应与“国家所有”之前承担的服务于“社会主义公有制”的政治任务相区别,其目的在于总体上提升而非损及社会中每个个体之利益,^[15]并构成“国有财产”市场化之限制,保留“国家”对“国有财产”的干预权(Einwirkungsrecht),^[16]但具体的判断则应通过立法、判决等多元化的方式做出。

(二) 作为宪法类型的“国家所有”

上文在宪法变迁的背景下,概括性地梳理出宪法中“国家所有”类型的基本特征。在法学的研究中,“类型(Type)”思维逐渐普及,但何为“类型”,却需正本清源。“类型”思维是与“概念”思维相对立而言的。“概念”是抽象和逻辑的,用以精确描述某一事物的特征,并要求现实之事与“概念”若合符节,方能套用其中,真是“增一分则太肥,减一分则太瘦”,概念眼中只有“非此即彼”,而无“或多或少”,也因此,概念的抽象程度通常很高,而越抽象,则越空洞。“概念”思维用之于法学,便产生出了逻辑涵摄(Subsumtion)的思维模式,^[17]并因为法学中建构体系的必要性,而生出“概念法学”,^[18]试图通过确定性的“概念”将社会生活中的所有相关事实都涵盖在内,并像“自动贩售机”一样,遇到相关案件,自动得出规范结论,这是一种法学“科学性”的理想。很少会有人反对,法学需以“概念”为基础进行讨论,但法学中需要什么样的“概念”却备受争论,社会中的生活事实很少能与逻辑僵化的概念范畴完全吻合,而“概念”也很少能完全涵盖未来可能出现的生活事实,比如“住宅”就很难通过逻辑性的概念清晰界定出来,生活事实始终是复杂多变的,人们时刻需要面对类似“商住两用”的房屋、^[19]学生宿舍、流浪者栖居的桥洞以及新出现的“房车”是否属于住宅等不断变化和翻新的问题。今天,当我们在使用“概念”时,其实已不知不觉地类型化,即使是精确程

[15] 政治任务下的“国家所有”,只有公家而无个体,势必会使个体为政治任务之故而有所牺牲,公共任务下的“国家所有”则不然,其着眼点仍在个体,其目的在于通过“公有”而实现个体无力实现、无法理性实现之利益,比如“国有财产”的市场化就在于实现“国有财产”在经营上的理性和效率,但不能因此而转向彻底以盈利为目的,反而导致对个体利益的损害。

[16] H. -J. Papier, in: Maunz-Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, Art. 14, Rn. 204ff.; G. Dürig, in: Maunz-Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, Abs. III Art 19.

[17] K. Engisch, Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl., Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2005, S. 45ff.

[18] K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Springer Verlag, 1991, S. 19ff.

[19] 围绕延安“黄碟案”所产生的争论,参见朱苏力:《法理学者看“黄碟案”》,载中国宪政网2007年12月24日(<http://calaw.cn/article/default.asp?id=3021>,最后访问时间2015-03-11);林来梵:《卧室里的宪法权利》,载《法学家》2003年第3期。

度要求最高的刑法领域,其依托于实证法的概念仍无法做到彻底的封闭、无漏洞,^[20]在开放程度较高的宪法领域,这种情况就更加明显,因此,与其说是对某一事物下一概念,不如说界定其“类型”,在类型思维下,“类推”就成为“法学所不容回避的问题”。^[21]“类型”思维之于“概念”思维的优势在于,“类型”不如“概念”边界清晰,而是具有弹性,较为灵活,具有未来的开放性,可因事因地因时而有所变化,但“类型”的优势之处恰恰也成为其缺陷所在,正是由于其“不够明确”,因此不可避免为主观性的法之续造(Rechtsfortbildung)留下了空间,这也由此产生了法学中限缩“主观性”的制度创设,或通过“先例”而知古定今,或通过后果分析而以未来决定现在。然而“类型”的本质决定了,无论通过追溯过去还是权衡未来都无法绝对做出某一断然性的结论,“类型”思维中存在的两难是,一方面,“类型”的构建是为了建立一种可以在相同的法律规范之下、具有相似性的不同案件之间可反复适用的模型,另一方面,由于事实多变,“类型”又需要保持适度的弹性开放性,避免绝对的僵化,这恰恰反映了法学在安定性与正义(事物之本质)之间所存在的两难,也是法学的使命所在。法学中的“类型”又可区分为根据实证法规范而建构的概念类型以及实证法之外为建构体系化而创设的学术概念类型,前者很容易理解,因为实证法中存在大量需类型化的概念,而后者则是出于法学体系化的必要,为了将略显散乱的法律条文梳理成具有内在逻辑的体系而创设出来的,如果将法学比喻成为一栋大厦,则法律条文中的概念类型是各种建筑材料,而学术上的概念类型则是钢筋,比如《德国基本法》第1~19条的基本权利条款,其制定之初并不具有今天的体系性,只是略显散乱的条文,但通过学术化的整理,如“主观公权利”“客观价值秩序”“基本权利限制”“限制之限制”“无法律保留之限制”“附条件的法律保留之限制”“简单的法律保留之限制”“基本权利第三人效力”“国家保护义务”“比例原则(禁止保护不足与禁止过度)”“基本权利的放弃”与“基本权利的褫夺”等等建构起了今天德国的基本权利体系,上述概念类型并非绝对是实证法中的概念,但却以实证法为素材和根基,通过学术整理而成,由此可见,法教义学体系是法律体系与法学体系结合之成果,而法律之概念类型与法学之概念类型同样重要。

在这种“类型”思维的指导下,我们可以尝试对中国宪法中的“国家所有”条款进行类型化的处理。首先应确定的是“国家所有”本身作为一个类型,就宪法文本而言,“国家所有”条款散见在不同条款中,具体而言,可以从《宪法》第7条的国有经济、第9条的自然资源、第10条的城市土地、第16条的国有企业条款中找到“国家所有”的身影,这些条款并非散乱而孤立地存在于宪法当中,而是因“国家所有”从而具有共同的特征,并形成了一个特定的概念类型,因此需从这些条款中析出“国家所有”所具有的典型特征和共同机理,而这就需要从文本、历史和现实等多重角度对之加以分析。

就我国现行宪法文本中的“国家所有”而言,可以划分为自然资源、土地和国有企业三种类型。这三种类型自然分享“国家所有”的上述共同特征,但具体而言,这三者所面临的问题却略有差异,在界定这三种“国家所有”的类型时就需面对现实、结合历史与社会变迁而有所差异。另外,在本文所规定的类型之外,还存在其他“国家所有”的情形,比如道路、桥梁、图书馆、政府设施等“国有财产”应如何实现在市场经营与公共利用、私法权益与公法规制之间的平衡,同样不能忽视宪法“国家所有”的价值辐射。

然而,不能寄希望于通过宪法中“国家所有”的规定解决现实中的所有问题,几乎所有的宪法案件

[20] K. Larenz, a. a. O., S. 370ff.; A. Kaufmann, Analogie und, Natur der Sache zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, 2. Aufl., Heidelberg 1982, S. 3ff.

[21] A. Kaufmann, a. a. O., S. 1ff.

都首先是普通法律案件,受部门法规制,只有当穷尽部门法救济时或者只有当部门法规定本身存在漏洞或违宪之虞时,才能成为宪法案件,这么做的目的是为了防止通过抽象的宪法条款规避具体的部门法规定,为判决中的主观任意大开方便之门,而造成宪法案件的泛滥和宪法权威的流失。但这并不必然否认在具体法律适用时考量宪法规范,也就是所谓的“合宪性解释(Verfassungskonforme Auslegung)”,^[22]“合宪性解释”作为法律解释之原则,在现代社会中已不可避免,据此,宪法对具体部门法拥有了更广泛的辐射影响。^[23]对“国家所有”的法律规制是一个涵盖民法、经济法、行政法、刑法和宪法的综合体,如果没有宪法的统摄,则对“国家所有”的法律规制难免陷入到四分五裂的割据状态中,造成“国家所有”在公法和私法上的精神分裂。再加上我国现有关于“国家所有”的法律规定往往公私法不分、权责不明晰,《物权法》中虽然在第五章第45~57条中规定了“国家所有权”,明确了私法上的“国家所有权”,但对于“国家所有权”的行使却语焉不详,由此产生的问题是:“国家所有权”是否与“私人所有权”在权利内容和权利边界上完全一样?私法上的“国家所有权”其权限是否受到一定额外的限制?这些问题也因为公法层面“国家所有”规定的缺失而变得无从回答。诸如《森林法》《水法》《公路法》《土地管理法》等相关法律往往对于经营者和管理者的公法义务做模糊化的处理,导致其形同虚设,而在规制“国有企业”的相关法规中,甚至缺乏对“国有企业”以及“民营化”的公法规制,^[24]就如同我国一贯的立法技术一样,立法中喜欢使用过多无法具体归责的空话、套话,导致义务的流失,而附着于“国家所有”之上的国家公权力之“权利”却大为膨胀,并有泛滥的趋势,这使得“国有财产”面临被偷梁换柱、流失的危险,^[25]或眼中只有盈利而损害社会、个体利益,这些现象时有发生,使得人们不得不反思立法中存在的问题。随着时代的发展,人们在利用、经营、使用自然资源、土地等国有财产时不断会遇到新的问题,在“民营化”和“公私融合”的大背景下,国有企业的情况也愈发复杂,如果对上述领域的法律规制不加细化和专业化,仍然满足于大锅烩式的、模棱两可的立法技术,显然不能应对复杂多变的社会情势,举个最简单的例子,翻遍我国《水法》,却无何种情况下一般民众可无需申请而直接使用河水的规定,这直接导致了人们围绕“河中取水”而引发问题,《公路法》也一样,同样未对“一般使用”和“特殊使用”明确权责。然而,我们也不能苛责立法者,毕竟各领域完备之立法非一日之功,在三十余年的时间里达到今天的立法规模已经殊为不易,而且苛责立法者毕竟也不是法学的主要工作,法学的主要任务在于通过学理建构从现有实证法中发展出教义学体系,进行法条的解释与整理工作,使之勾连为相对严密的逻辑体系,立法当然要有所进步,但学者不能坐待天明,而是需“只争朝夕”,利用现有素材支锅架灶,而非另起炉灶,因此,立法工作与学术建构在完善“国家所有”的法律规制方面应相互砥砺、共同成长。

在现有情况下,对“国家所有”条款的宪法解读对于弥补部门法之不足、逻辑不畅,填补部门法

[22] 关于这方面的研究已经非常丰富,代表性著作可参见张翔:《两种宪法案件:从合宪性解释看宪法对司法的可能影响》,载《中国法学》2008年第4期;上官丕亮:《当下中国宪法司法化的路径与方法》,载《现代法学》2008年第2期。柳建龙:《合宪性解释原则的本相与争论》,载《清华法学》2011年第1期;王书成:《论合宪性解释方法》,载《法学研究》2012年第5期;黄卉:《合宪性解释及其理论检讨》,载《中国法学》2014年第1期;黄明涛:《两种“宪法解释”的概念分野与合宪性解释的可能性》,载《中国法学》2014年第6期。

[23] K. Hesse, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, Heidelberg 1988.

[24] 关于国内在“民营化”方面的法律空白,参见刘飞:《试论民营化对中国行政法制之挑战:民营化浪潮下的行政法思考》,载《中国法学》2009年第2期。

[25] 关于国有企业改制过程中的国有资产流失可参见张军等:《中国企业的转型道路》,格致出版社、上海人民出版社2008年版。

之漏洞无疑具有相当重要的意义,由此,就有必要强调宪法中“国家所有”条款对私法、行政法、经济法、甚至刑法中“国家所有”相关规定的辐射效力。在“国家所有”的具体类型中,面临的问题各不相同,由于土地和国有企业所有的特殊性,本文的篇幅无法将之涵盖其中,因此会选择“国有财产”和自然资源作为切入点,并结合宪法中“国家所有”之机理,进行相关的规范分析。

三、“国有财产”的宪法诠释

对于“国家所有”可采取两种方式加以规制,一种是对“财产”本身的规制,另外一种则是对“主体”行为的规制。我国宪法对于“国家所有”的规制也是从这两方面进行,比如对“国有企业”的规定,就是从主体角度,而对自然资源和土地的规定则是从“财产”角度。这个分类也符合经济学的分类方式,通常来说,经济学把社会经济活动分为三类:个人(家庭)、企业和政府,前两类属于私人领域,后一类则属于公共领域,与之相对应,物品则分为私人物品和公共物品两类,而公共物品根据竞争性和排他性,又可将之区分为纯粹私人物品、准公共物品(又区分为具竞争性而不具排他性的公用物品和具排他性而不具竞争性的俱乐部物品两类)和纯粹公共物品三类。^[26] 在准公共物品中,俱乐部物品(Club goods)通常是私人所有而具有公共属性,如私有公园等,俱乐部物品最早由布坎南提出,^[27]为了弥补纯粹私人物品与纯粹公共物品之间的差距,俱乐部物品具有一定的排他性,但弱于纯粹私人物品而强于纯粹公共物品,在德国与之相类似的概念则是“私有公物”。准公共物品中的公用物品(Common goods)则为公有物品,与纯粹的公共物品不同,公用物品可以进入市场参与竞争,如煤炭、森林等自然资源。根据上述分类,则只有准公共物品中的公用物品和纯粹公共物品可以纳入到“国家所有”的分类当中,而在讨论“国家所有”的规范类型时,也应当注意到二者之间的差异,这一点将在稍后与“公物”概念的比较中进一步讨论。

之所以从财产和主体的双重角度对“国家所有”加以规制,其原因在于不同的国有财产具有不同的属性。从财产的属性上来讲,“国有财产”可分为两类,一类是以“物”的形式出现,另一类则是能够以货币估值的“资产”,这二者同属“国家财产”,但在规制上却存在不同。对于“国家所有”之物而言,公共目的是附着于该物之上的,因此需要对于该物的占有、使用、收益、处分加以公法规制,而不论是由谁实际占有该物或者经营该物;对于“资产”而言,因为以货币、有价证券等形式所表现出来,而始终存在于市场流通领域,这部分财产是否属于“国家所有”不能通过“资产”本身来判断,而是需通过主体来判断;这部分财产也并不直接服务于公共目的,而是以其收益间接实现行政任务;对这部分“国有财产”的规制就不能直接规制于“资产”,限制其流通,而是对主体的行为加以规制,比如对以公法人形式出现的国家从事民事活动以及对以私法人(国有企业)形式出现的国家进行纯粹营利活动加以规制。虽然从文义上来讲,“国有财产”应包含上述两类,但如果从解释学的角度而言,对后者的规制是从主体角度而非从财产角度,而且后者也并非基于财产本身而直接服务于公共目的,因此,本文将“国有财产”仅限于“物”,而非“资产”,后者的公法规制属于国家主体(如行政主体、国有企业)从事经济活动的范畴,^[28]又因为“土地”“自然资源”为宪法中所明确规定之类型,此处的“国有财产”则进一步限缩,仅指这两类之外的“国有财产”。

[26] 吴敬琏:《当代中国经济改革教程》,上海远东出版社2010年版,第226页。

[27] James M. Buchanan, “An Economic Theory of Clubs”, 32(125) *Economica* (1965), N. S., 1-14.

[28] 对国有资产的规制目前有《企业国有资产法》《政府采购法》等法律法规,从中可看出对这部分国有财产的规制并非是对资产的流通加以规制,而是对主体行为加以规制。

宪法所明确列举的“国家所有”类型是有限的,仅包括“自然资源”“城市土地”“国有企业”等几项,但在此之外,还存在其他属于国家所有的财产,比如道路、政府办公大楼、图书馆、国有资产等等,宪法未予明确规定,却不意味着对上述国有财产的规制并不重要,也并不意味着除上述几类之外的“国家财产”缺乏宪法基础,因为《宪法》第12条的“社会主义公共财产”可以作为兜底条款将其他的国家财产纳入到规制范畴。对于现实中的“财产”来说,可以区分为实物与资产、固定资产与流动资产等等,但究竟何种“财产”可以被纳入到法教义学上的“国有财产”,却需进一步讨论。

(一) 立法解释中的“国有财产”

从历史来看,1949年的《共同纲领》(第28条)和“五四宪法”(第58条和101条)等都对“社会主义公共财产”进行了规定。但这几部宪法文件中,对于“社会主义公共财产”的范围都未详细论及,“五四宪法”之后出台的《刑法指导原则》(第37条)规定,公共财产由“国家所有的财产”“合作社所有的财产”“公私合营企业的财产”“人民团体所有的财产”“国家管理、使用或者运输中的财产”构成,除此之外则再无详细说明。“八二宪法”继承了“社会主义公共财产”的规定,但同样未在宪法中明确其范围。《宪法》第12条所规定的“社会主义公共财产”,如果联系第12条第2款第2句规定,可发现“公共财产”是由“国家的和集体的财产”所组成,因此,需在宪法概念上将“公共财产”与“国有财产”区别开来,而如果想要进一步捋清“国家财产”和“集体财产”的范围,则宪法中除寥寥几个条款之外,显然无法给出更为具体的界定。但《物权法》的规定却更为详细,从第45~58条详细规定了国有财产和集体财产的范围,其中国有财产包括:“矿藏、水流、海域”(第46条);“城市的土地及属于国家所有的农村和城市郊区的土地”(第47条);“森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源(法律规定属于集体所有的除外)”(第48条);“法律规定属于国家所有的野生动植物资源”(第49条);“无线电频谱资源”(第50条);“法律规定属于国家所有的文物”(第51条);“国防资产”“铁路、公路、电力设施、电信设施和油气管道等基础设施,依照法律规定为国家所有的”(第52条);“国家机关直接支配的不动产和动产”(第53条);“国家举办的事业单位直接支配的不动产和动产”(第54条);“国家出资的企业”(第55条)。

物权法毕竟是私法,有关“国家财产”的规定只是私法规制中的“国家财产”,能否涵盖宪法中的“国家财产”却不无疑问,而且毕竟仅限于“物权法”中的财产,同样不能完全涵盖“国家财产”之全部。但除物权法外,公法领域却缺乏对“公共财产”以及其下位概念“国家财产”和“集体财产”的详细界定,导致哪些“公共财产”被赋予何种公共目的处于不明确的法律状态中,虽然诸如《水法》《森林法》《公路法》《土地管理法》等法律法规中有承担公共义务的相关规定,但却缺乏对“国有财产”的系统界定,附着于“国有财产”之上的公共义务也缺乏可操作性和可归责性,比如对于水流等自然资源的利用、开发需经特别的许可、批准程序,但法律却保留给行政机构过于宽泛的裁量权,从而导致公权力容易滥用,而责任却难以追究,所有这些都表明“公共财产”和“国有财产”的法教义学建构由于实证法的立法不足而只能从学理的角度先行建构,这种建构也不能无中生有,而只能寻找一些域外经验,比如公物概念。

在公法领域,只有财政部颁发的《行政单位国有资产管理暂行办法》对“国有资产”进行了界定,其中第3条规定,“本办法所称的行政单位国有资产,是指由各级行政单位占有、使用的,依法确认为国家所有,能以货币计量的各种经济资源的总称,即行政单位的国有(公共)财产。行政单位国有资产包括行政单位用国家财政性资金形成的资产、国家调拨给行政单位的资产、行政单位按照国家规定组织收入形成的资产,以及接受捐赠和其他经法律确认为国家所有的资产,其表现形式为固定资产、流动资产和无形资产等”。这一条款对于行政单位“国有财产”的界定不可谓不详细,但这一概念的问题在于将“流动资产”“固定资产”和“无形资产”统统纳入到“国有财产”领域,这在事

实上并无问题,但在法律中却存在问题,因为“流动资产”等以货币体现出来的资产是融入到整个市场流通领域的,这部分资产并不能直接服务于公共目的和行政任务之实现,因此对这部分财产的公法规制就并无必要,也缺乏可操作性,比如对于政府采购行为,可以通过法律对政府采购活动本身加以规制,但对于用于采购的资金却并无直接规制的必要。而且,该部门规章中的“行政单位”包含了“各级党的机关、人大机关、行政机关、政协机关、审判机关、检察机关和各民主党派机关”,却不包含“事业单位”,从主体来说,也与行政诉讼中的主体范围难以一致,反而增加了该规章司法适用的难度,也无助于“国有财产”或者“公共财产”这一法教义学概念的建构。

(二) 学理解释中的“公共财产”:与公物概念之异同

在这种情况下,许多学者将视野转移至“公物”。“公物”是德国法上的概念,“公物”的两大特征为:公益功能与公法地位。其公益功能表现为“公物”是直接供公共目的使用之物,而间接有助于公共目的实现之物则非“公物”,比如“财政资产(Finanzvermögen)”,即行政主体所持有的有价证券等非直接用于公共目的,而“只是(间接)通过其收益服务于行政任务”的资产,由于这些资产首先在流通经济领域使用,因此不属“公物”(由此可映照《行政单位国有资产管理暂行办法》中所存在的问题),比照上文提到的“国有财产”,对于“公物”的这一界定也具有启示意义;^[29]另外,“公物”是严格实证法上的概念,一物之所以能够成为公物,必须通过实证法或者习惯法上的“贡献(Widmung)”,只有具备这一要件,才能成为公物,这一条件就排除了“事实上的公物”,即那些掌握于私人手中并允许公众进入但却缺乏法定公法地位的“物”,比如私人的林间小路、私人游泳池、私人画廊等等。^[30]

有关“公物”的具体细节,国内学者已经多有研究或者译介,^[31]本文在这里不再重复,惟须单独强调的是“公物”设立的目的,只有如此,我国宪法中的“公共财产”概念才能与之具有可比较性。公物概念之所以产生,其原因在于“为维护物的公共功能而(部分)豁免物权法上的私法秩序并使之从属于一个特别法上的支配与使用秩序”,^[32]德国学者帕皮尔(Papier)从公物创设的原初目的出发,推论认为,“只有那些如无公法规制则需受私法之支配与使用秩序约束的物方可归入公物概念之内,那些不受私法秩序约束的物则无法归为公物”,^[33]并由此认为公物须为德国民法典第90条所规定的有体物,不能超越私法上有关物的概念。但德国学界对于公物的通说却认为,公物不限于私法上所界定之有体物,而是较民法之物更为广泛,包括由土地所有人所支配领域以外的空间(Luftraum)、同温层、开放的海洋以及电流等物。这表明德国学界对公物设定的目的仍存在不同理解,通说的意见表明公物的设定以维护物的公共功能为主,而不在于该物是否受私法规制,即使该物不在民法典之物的概念范畴之内,如果具有重要的公共属性,也需通过公法规制维护其公共功能,从而将之纳入到公物范畴。这虽然表明一个物是否受私法规制并不绝对是公物界定的标准,但也不能因此否定,公物设定的一个很重要的原因是许多身具公共属性的物处于私法秩序当中,如果不将之提升到公法层面,则无法保障该物的公共功能,这对那些私法上的所有权人与公法上的支配权人相分离的物尤其具有意义,因为私有之物如果不加以公法约束,则容易无法实现附着其上的公共任务,比如私人所有的道路、政府从私人手中租用的办公大楼等等,相比较而言,这

[29] 固定资产、流动资产与无形资产类型的问题可参见 H. -J. Papier, *Recht der öffentlichen Sachen*, 3. Aufl., Berlin 1998, S. 3-4.

[30] Papier, ebd., S. 5.

[31] 参考肖泽晟:《公物法研究》,法律出版社2009年版;[德]汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法(第二卷)》,高家伟译,商务印书馆2002年版,第455~525页。

[32] Papier, a. a. O., S. 2.

[33] Papier, ebd., S. 2.

是公物设定的主要目的。但生活事实毕竟复杂多变,而以概念为基础的类型一方面需保持最低限度的逻辑自洽性以凸显类型的特征并体现类型所应具备的抽象不同事实的能力,否则,类型也就失去意义了,但另一方面也需避免过于僵化的逻辑,概念在过度强调其逻辑性的同时也会丢失其现实性,因此,公物的概念就需要在抽象性与具体性之间保持平衡。在这个预设前提下,就不能将公物仅限定在“私有公物”方面,并将公物之物仅限定为民法上规定之物。在“私有公物”之外尚存在一些“公有之物”需对其设定特别的公共目的,防止其流入私法交易之中,还存在一些无法被归入民法典中物的概念之内的物同样具备一定的公共属性,需对其加以公法上特别的限定。因此,公物的概念就成为一个外延更广泛的概念,但无论是公有之物还是私有之物,其目的都在于为物设定公共目的以防止私法上的任意处分。

根据通说,德国今天的公物概念不再特别区分“公有公物”,还是“私有公物”,但德国行政法学者奥托·迈耶(Otto Mayer)最早在德国提出“公物”概念时则区分了“公共财产(öffentliches Eigentum)”^[34]与“公法上的支配权(Dienstbarkeit)”^[35]前者是公法人作为财产所有人,也就是说只有当财产所有人与公法上对物的支配人属于同一法律人格时,才是迈耶所提到的“公共财产”^[36]而后者则是一种行政法上对物的支配权,也就是一种“公法上的支配权”,其持续对私法上的财产权产生负担,因此是一种“有限的物权”^[37]奥托·迈耶冀望在德国法中引入法国的“公产(Domaine Public)”制度并在德国建立“公共财产”制度,这种尝试虽然不是特别富有成效,^[38]但也在立法中有所体现,比如《汉堡州道路法》第4条第1款规定,“贡献(Gewidmet)为公共道路且属于自由汉莎城市汉堡市所有的路基,连同第2条第2款所提到的对象,均属于自由汉莎城市汉堡市的公共财产”,该条款的意义在于,虽然汉堡市是公共道路在私法上的所有权人,但对于该道路的使用及其责任均由公法支配,而不适用私法,也就是说,汉堡市不能在“公共目的”之外依据私法行使其私法上的所有权(如私法上的处分权和自由交易权)。由此可见,这种“公共财产”制度并非如私法一样建构了一种“所有权”或者“财产权”,其本质是建构了对“公共财产”的公法支配权并防止公共财产“遁入私法”,^[39]成为私法交易的对象。

“修正的私有财产权理论”与“公共财产”理论不同,对应的是迈耶所提出的“公法上的支配权”,在法律状态上进行兼容公私法的“双阶构造”,^[40]其前提在于承认“公物”的私有财产属性,也就是说,在“公物”身上私有财产权和公共支配权是并存的,在公物所承担的“公共目的”之外,则该财产可根据私法规定进行处分,但公共目的范围内,公法支配权构成了对私有财产权的限制。由此可见,“公共财产”和“修正的私有财产权”二者之不同:前者虽然在特定情况下也可主张私法权

[34] See O. Mayer, *Verwaltungsrecht*, Bd. II, Leipzig 1896, S. 49ff. 国内及日本将“公共财产”译为“公所有权”,其原因在于对德语“Eigentum”一词约定俗成被译为财产权,而“公所有权”从字面上看很容易使人将之与公法人或者行政主体对特定物的私法所有权等同起来,但实际上二者是相互排斥的,也就是说,如果赞同“公共财产”或者“公所有权”的建构,那么特定物的私法所有权就不复存在了,不能适用物权法的相关规定,而只能适用公法规定,国内对于“公所有权”这种望文生义的误解,直接导致了一种所谓“公所有权-私所有权”双轨制的理论,而事实上这种双轨理论只有在排除“公共财产”或者“公所有权”这一术语的情况下才会出现,这也是德国将双轨理论又称为“修正的私有财产权理论”的原因。

[35] H. -J. Wolff/O. Bachof, *Verwaltungsrecht*, Bd. I, 9. Aufl., 1974, § 57 I a 2.

[36] O. Mayer, a. a. O., S. 49ff.

[37] Papier, a. a. O., S. 6ff.

[38] E. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 10. Aufl., München 1973, S. 379.

[39] F. Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, 8. Aufl., 1928, S. 326.

[40] Papier, a. a. O., S. 9ff.

利,比如政府办公楼通过主张私法上的“住宅禁令(Hausverbot)”,拒绝私人随意进出、游览、拍照等活动,但原则上禁止私法上的所有权处分和转让;后者则建立在公物的私有财产权基础之上,也就是所谓的“私有公物”,原则上允许私人在公共任务之外的私法活动,比如所有权的转移,而所有权转移并不影响附着于公物之上的公共目的。尽管也有学者认为,二者的差异事实上并没有那么大,比如“公共财产”的主要目的在于防止公共财产的任意转让,但在“双阶构造”的理论下通过法律的具体安排,该目的亦可实现。^[41]然而,“修正的私有财产权理论”这种二元主义的建构也存在一定的问题,由于在同一物上分别设定公法上的支配权与私法上的所有权,需分别适用行政法和民法,从而产生不同性质的权利义务并分别进行行政诉讼或民事诉讼,造成法律关系不统一。^[42]因此,也有学者主张“为避免‘私法和公法的双轨制’或者‘双轨制理论’的缺陷,应当建立独立的公共财产制度”。^[43]在日本学者讨论“公所有权”的过程中,盐野宏教授也认为采纳何种理论或者叫什么名称并不重要,而应该直接指向制度的核心,也就是说,“在否定了公法和私法存在的现在,直截了当地作为公物主体所拥有的所有权(及其他权利根据)的内容拘束性来理解,被认为就足够了”。^[44]

德国后来的主流理论基本放弃了迈耶的“公共财产”理论,而主要采纳“修正的私有财产权”理论,其原因在于公物的财产所有者与公法支配者之间经常不是同一主体,在这种情况下就会出现财产所有人使用公物与公法支配者(Sachherrschaft)使用公物之间的差异,因此,双阶构造理论就具有实践上的优势。^[45]但需要注意的是,在德国,由私人所有的公物非常常见,既不能因为物的公共目的而剥夺其私法权益,又不能因私法权益而否定其公共属性,因此需要建立融合公私法的双阶程序,但在中国,公有之物才是常态,道路、水流、土地、图书馆等等基本都掌握在国家或集体手中,公物的主要目的本在于保障由私人所有公物之上的公共目的,在公物大多为公有时,建立德国的公物制度就缺乏必要性了,因为国家所有之物本身就具有天然的公共性,而无需通过公物概念来强调。对于“公共财产”而言,也无需进行“双阶理论”的构造,因为“公共财产”原则上并不适用私法,^[46]在某些例外情况下,“公共财产”也可能进入到民事领域(如公共设施的出租等),但这种例外同样需要以公共目的为前提,并应在公法中加以规制,而且进入到民事领域中的“公共财产”,也可通过对“国家”参与民事活动进行限制来加以规制,而无需采用公物的概念。虽然德国的公物概念与我国宪法中的“公共财产”概念在目的设定上存在截然不同,但也不能否认公物理论对“公共财产”理论所具有的启示性。

(三) 实践之要求

从中国宪法的文本来看,“公共财产”与“国有财产”并非等同,公共财产是国有财产的上位概念,除国有财产外,还包含集体财产,这与迈耶所提出来的“公共财产”和法国的“公产”概念更为接近,均为“公有之财产”,强调财产本身因为公有而附着的公共目的,防止其遁入私法。有学者在引进“公物”概念的基础上,又将“公有之物”区分为“公有公物”与“公有私物”,^[47]这个概念区分不免又带来很多混淆,因为作为公共主体之国家和集体,国家所有即为全民所有,集体所有亦具有公共

[41] *Papier*, ebd., S. 8.

[42] 陈敏:《行政法总论》,台北神州图书出版公司2004年第4版,第1009页。

[43] 见前注[31],汉斯·J.沃尔夫等书,第476页。

[44] [日]盐野宏:《行政组织法》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第256页。

[45] *Papier*, a. a. O., S. 11f.

[46] 根据汉堡州道路法第4条规定:民法的相关规定,尤其是关于占有和所有权的规定,并不适用。

[47] 比如有人主张道路是政府的私用品,见新浪财经频道2014年7月6日(<http://finance.sina.com.cn/review/hgds/20140706/061219626638.shtml>,最后访问时间2015-03-11)。

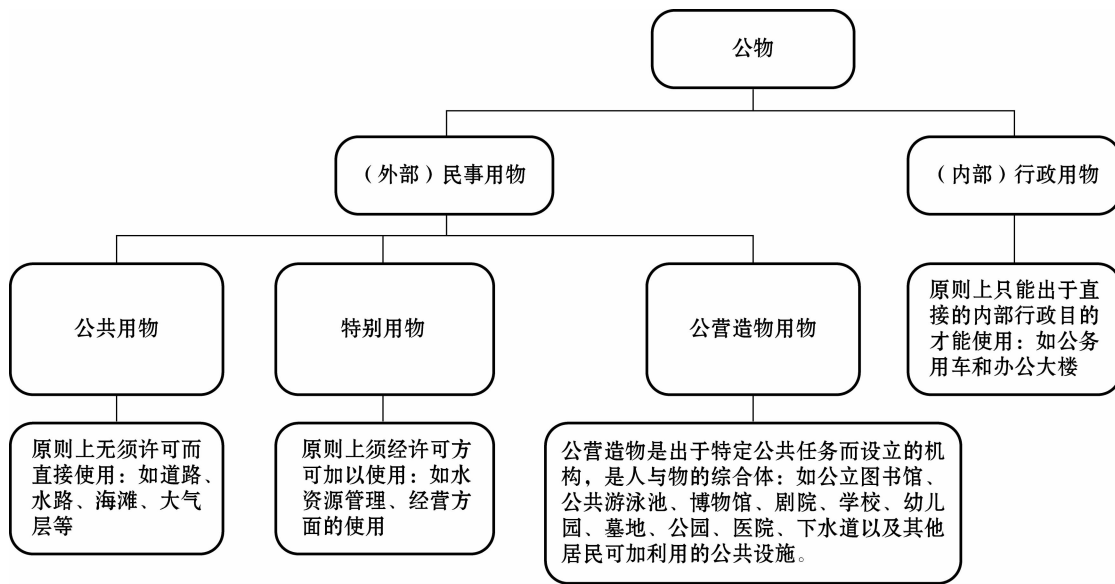


图1 (外部)民事使用之公物

对于公共用物(Gemeingebrauch),如果超越“公物设定(Widmung)”之目的,亦须许可方能使用,比如对道路的使用不以通行为目的,而是在道路上设置自动售货机等就须特殊许可;对于特别用物(Sondergebrauch),则原则上需要许可,只有例外情况下方能无需许可而加以使用,比如水资源的利用原则上需要同意(Erlaubnis)与批准(Billigung),但在水法特别规定的公共使用情形中、所有权人使用的情况和沿岸居民使用的情况则无须特殊许可;(内部)行政使用之公物:原则上私人并无使用请求权,只有出于办事的需要才可进入行政机构,只有在例外的情况下——即供行政内部使用的公物同时也是公共设施(öffentliche Einrichtung),私人才有使用该公物的请求权,比如使用市政厅阳台拍摄结婚照,从惯性做法中可推导出为了公众使用而对市政厅阳台进行了公物设定,由此可被视为“公共设施”,新婚夫妇则可拥有主张使用的请求权。

性,“国家私产”本身就是一个充满悖论的概念,并不能成立。之所以会产生这一概念,原因是“公共财产”经常会进入到私法领域,比如公共设施的出租等,但进入到私法领域的“公共财产”并不意味着成为“国家私产”从而丢失其公共性,其私法活动需受到公法限制,“公共财产”在多大程度上可以进入私法领域,需由法律明确规定,而不能由占有该公共财产的政府机构、行政主体任意处分,这也是“公共财产”受民主原则约束而非主张财产权的直接体现。

在我国,“公共财产”遁入私法的现象并不少见,比如政府大楼被抵押、出租的情况屡屡见诸报端,公路收费也永无尽头,许多公园、图书馆、公共体育设施甚至许多旅游景点都完全以营利为导向,被承包甚至卖出,私人在经营时经常会出现价格高涨、维护不力、过度开发等各种情况,所有这些都与公法上的管制不力有关。从宪法上的“公共财产”角度出发就可以推导出对这部分国家财产加以规制的宪法要求:

1) 立法之要求

尽管我国的立法工作在三十多年来取得了丰硕成果,但仍存在一定的问题,就“国家所有”而言,存在的立法问题主要有三个方面:首先是立法缺失的问题,许多国有财产仍未纳入到立法规制层面,比如公共图书馆的经营、维护等方面仍存在立法的缺失;其次是虽有立法但缺乏可操作性,目前立法层面对宪法中“国家所有”加以“具体化(Konkretisierung)”^[48]最为详细的是物权法,但物

[48] K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Verlag C. F. Müller, Heidelberg 1999, S. 18ff.

权法中的规定毕竟属于私法上的规定,而且缺乏具体的适用细则,导致的结果便是“国家财产”在多大程度上可进入私法领域、多大程度上受公法限制仍不明确,事实上,物权法对“国家所有权”的规定强化了国家对“国有财产”所主张的私法权利,使“国有财产”的公共义务反而弱化,虽然《公路法》《企业国有资产法》等法律都有相关公法义务附着其上,^[49]但对于如何履行公共义务、如何追责等相关问题仍缺乏可操作性;^[50]最后则是对国有财产仍未进行清晰的类型化处理,比如对于可进入市场竞争的公用物品和纯粹的公共物品并未进行明确区分,导致何种公共物品可进入市场、在何种程度上具有排他性等问题并未得到清晰的立法处理。

2) 判例法的必要性

立法再完备也会遇到无法涵盖的社会事实以及法律漏洞出现的情况,在这种情况下就需要通过判例加以填补,目前,“国家所有”领域的争议主要集中在私法领域,但根据国有财产的性质,国有财产的管理、经营和处分无处不涉及公权力,因此其争讼应主要体现在行政法层面,这就需要在“国家所有”领域形成完善的行政诉讼制度,建立起个体对公共财产的使用请求权(比如沿岸居民对水资源的利用)、私人对国有财产领域的行政许可、审批决定的诉讼以及国家对国有财产因承担公共义务而给予的补贴制度等等。

3) 宪法的辐射效力

在很多情况下,当立法存在多种解释可能性时,就需要回到宪法,对相关立法进行合宪性解释,此时就需要透过对宪法的解释从而对立法加以解释。另外,并非所有立法均符合宪法,虽然“国家所有”领域属“公共财产”范畴,并不直接涉及个体的基本权利,此领域的立法主要以“形成性”的“具体化”立法为主,不会直接涉及“限制性”的立法,对于此种立法一般会交由政治民主过程来解决,而很少会对此进行合宪性审查,但也有相关立法会间接涉及基本权利的情形,比如通过立法或者行政法规等方式对“国有财产”的经营给予国有企业和非国有企业以不同对待、在某些自然资源领域设置不同的准入标准,所有这些都涉及《宪法》第33条所规定的平等权以及民营企业的职业自由等基本权利,由此也会产生对基本权利的限制以及合宪性问题。另外,对某些不具竞争性的纯粹公共物品通过立法而授权交由市场提供,从而在这些“国有财产”上产生直接的赢利效果并导致其公共性的流失(如监狱下属工厂的问题、由市场提供国防服务、旅游景点的过度市场化等),导致本应由公法加以规制的“国有财产”完全遁入到私法领域,也会由此产生合宪性的问题。

四、国家所有类型化诠释的社会功能：以自然资源为例

宪法中明确规定了几类“国有财产”,其中就包含自然资源,这也表明自然资源在宪法层面较其他公共物品而言具有其特殊性。在自然资源“国家所有”的领域,经常被提及的问题是,为何自然资源需要“国家所有”?而时常令人感到困惑的是,国家对自然资源的所有是否排除个体的使用?国家对自然资源的所有权是否意味着国家可以无限度地利用自然资源参与到经济收益当中?一般而言,将自然资源纳入国家所有的目的在于防止私人对自然资源的非理性使用,防止“公地悲剧”,实现国家对自然资源的“合理利用”。尽管从法律实证主义和法教义学的角度来看,不需也不必追问自然资源国家所有的原始政治意图,但若要对“自然资源国家所有”的宪法意义加以诠释,这种追问就是必不可少的。在通过宪法解释填补文本的意义内涵时,对文本的历史解读以及当下

[49] 比如《公路法》第四章关于公路养护的规定和第五章关于路政管理的规定。

[50] 当然也有一些法律规定得较为详细,比如《矿产资源法实施细则》。

社会功能的分析就具有了重要意义。

(一) 文本的变迁

新中国成立后,最早对自然资源加以规定的是1950年的《土地改革法》,该法第16条规定:“大森林、大水利工程、大荒地、大荒山、大盐田,和矿山及湖、沼、河港等,均归国家所有,由人民政府管理经营之。其原由私人投资经营者,仍由原经营者按照人民政府颁布之法令继续经营之。”1954年3月23日由中国共产党中央委员会提交的1954年《宪法草案(初稿)》将“自然资源国家所有”规定在第6条的国营经济条款中,其中第6条第2款规定:“中华人民共和国的矿藏、水流、大森林、大荒地和其他由法律规定为国有的资源都属于全民所有,由国家经营,或者委托合作社经营,或者租给他人经营。”1954年6月14日由中央人民政府委员会第三十次会议通过的1954年《宪法草案》第6条第2款修改为:“矿藏、水流,由法律规定为国有的森林、荒地和其他资源,都属于全民所有。”1954年《宪法》的最终版本采纳这一规定,并未做出修改。“八二宪法”则将“自然资源”单独规定在第9条,分为两个条款:“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,即全民所有;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。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。”

(二) “自然资源”概念的宪法界定

从现有的宪法文本来看,属于自然资源的包括“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等”,并且“矿藏、水流”是绝对属于“国家所有”,而只有在法律规定的情况下“森林、山岭、草原、荒地、滩涂”才可以为集体所有。虽然宪法中出现了“等”的字眼,似乎预示自然资源不限于以上所列,但也表明并非所有的自然资源都是“国家所有”,立法中并未将“阳光”“空气”“风”等自然资源都毫无遗漏地列举在内,其原因就在于宪法中的“自然资源”并非是广义上的“自然资源”,而是仅限于能够被人类加以开发、利用、具有经营价值且对于国计民生而言至关重要的自然资源,将这些自然资源规定为“国有”可以掌握国民经济的命脉,结合1950年《土地改革法》第16条的规定也可以发现这一点。^[51] 宪法所列自然资源均具有稀缺性,如果过度开发会导致各种自然灾害,但出于社会发展需要,又必须对之加以开发、利用。另外,从文本的变迁中可以看出,虽然“五四宪法”和“八二宪法”最终都未明确国家对“自然资源”加以利用的具体形式,但从1950年的《土地改革法》、“五四宪法”的最初草案中却可一窥端倪,即自然资源“由国家经营,或者委托合作社经营,或者租给他人经营”,这一条款最终从宪法文本中删除,虽然表明当时制宪者对自然资源“国家所有”的具体模式并未有定论,因此在这个问题上保持了一种“开放性”,但却不能否认自然资源本身所具有的经营性特征。重要性、稀缺性、规模经营性就成为界定宪法“自然资源”概念的标准。尽管技术的发展会出现立宪时没有考虑在内的自然资源也具有了开发、利用的价值的情况,并且可以通过“等”将之解释在内,比如《物权法》第46条将“海域”列入“绝对国家所有”之列,这可以看作是立法对宪法的扩充解释,而稀土等自然资源也可通过解释归入此列,然而也并非所有可加以利用的自然资源都具有宪法规制的价值。

尽管随着环境破坏的加剧,“阳光”和“空气”也都可能招致破坏,但这种破坏却并非基于人类对这些资源的过度使用所造成,“阳光”“空气”和“风”随着技术的发展也具有了开发、利用的价值,从而可以转换成太阳能、风能、电能等等,但由于其并不具有稀缺性,因此国家对它们的开发、利用

[51] 如蔡定剑教授认为宪法之所以将这些自然资源规定为“国有”,原因是“这些重要的自然资源是国民经济命脉的生产资料,是保证国民经济持续、稳定、协调发展的物质基础,是国计民生的基本保障,所以,必须以法律保护它们不受到任何侵犯”。参见蔡定剑:《宪法精解》,法律出版社2006年版,第193页。

也并无规制的必要,我们无法想象个人使用“太阳能热水器”还需要支付“太阳能”费用。由此观之,所谓的“风光立法”就显得有些无厘头,《黑龙江省气候资源探测和保护条例》第7条规定“气候资源属于国家所有”也凸显出明显的法律问题。首先,该地方性法规于法无据,该条例第1条规定,其立法基础是《气象法》,而《气象法》中并无“气候所有权”的归属条款,《宪法》第9条所规定的自然资源中也并不包含“气候”;《宪法》第9条通过“等”一词而具有了面向未来的开放性,但如何解释《宪法》第9条,是否能将“气候”解释在内,却需由全国人大常委会决定,因为《宪法》第67条规定的“宪法解释权”在全国人大常委会,虽然可将全国人大常委会的“宪法解释权”解释为终局解释权而非排他解释权,但宪法条文的具体化也须通过“立法”完成,而不能通过地方人大越过法律途径直接加以解释,因此该条例从形式而言也属于越权,并与《气象法》规定不符,而应予以撤销。至于“乌木案”,首先需要界定的同样是“乌木”是否属于宪法所界定的“自然资源”,从宪法文本来看,“森林”属于国家所有,法律规定的情况下属于集体所有,这里是排除个人所有权的,但问题是,“乌木”属于“森林”么?显然,宪法中界定的“森林资源”是一种整体性的资源,乌木属于广义上的自然资源,却不属于宪法中的自然资源,这一点从《森林法》的规定中也可解读出来,《森林法》第3条规定:“森林资源属于国家所有,由法律规定属于集体所有的除外。国家所有的和集体所有的森林、林木和林地,个人所有的林木和使用的林地,由县级以上地方人民政府登记造册,发放证书,确认所有权或者使用权。”由此观之,森林与林木是不同的资源,森林为国有,而林木则可以为个人所有,但必须由“县级以上地方人民政府登记造册,发放证书”。就此而言,“乌木”属于林木而非宪法中的“森林”,至于“林木”尤其是珍稀林木所有权的获取途径以及确权的形式则应由立法加以具体化,在法律没有明确规定的情况下,应适用物权法有关无主物的规定,而不能一概“收归国有”,因为在法律没有明确规定的情况下或者说出现所谓“法律漏洞”的情况下,表明法律本身对之并无规制的意图。“狗头金”事件其理相同。2015年1月30日,一块儿重8公斤的狗头金,由一位哈萨克族牧民在新疆阿勒泰地区青河县境内发现,围绕“狗头金”的归属权也存在各种争论。根据《宪法》第9条,“矿藏”属于国家所有,但“狗头金”是否属于矿藏呢?根据《矿产资源法实施细则》第2条规定,“矿产资源是指由地质作用形成的,具有利用价值的,呈固态、液态、气态的自然资源”,从这一条中并无法看出“狗头金”与矿藏的关系。但从《矿产资源法》的整体来看,规制的是对矿产资源的勘探、开采,也就是探矿权和采矿权的问题,因此可以推断宪法中包含于自然资源中的“矿藏”应是整体性的资源,具有规模经营的效应,应将矿石与矿藏区别开来,就像金矿属于国家,而金子可以属于个人,森林属于国家,乌木也可属于个人一样,从这个角度来说,“狗头金”就不应属于国家所有的“矿藏”,而应纳入到私法体系的“无主物”加以讨论(根据《民法通则》《物权法》相应规定,同样不能纳入到“埋藏物”“隐藏物”的类型中)。[52] 因此,“狗头金”“乌木案”和“风光立法案”所涉及的并非是“自然资源国家所有”的具体规制问题,而是界定什么是宪法中的“自然资源”问题,但这两个案件甫一出现即引起学界的一片惊呼,并直接转向对“自然资源国家所有权”的探讨,而忽视了法条对“自然资源”概念的界定,不得不说宪法教义学的积累工作仍任重而道远。

(三) “自然资源”的一般使用与特殊使用

仅仅通过“自然资源”概念的宪法界定虽然可以排除自由“晒太阳”“喝西北风”的宪法难题,但却不能排除“河中取水”的问题,因为根据宪法,“水流”明确属于宪法规制的自然资源,那么一般民众和沿河民众取河水饮用、自己挖掘井水、去河中洗衣等行为是否侵犯了国家的“所有权”呢?对

[52] 参见《新疆牧民捡到8公斤狗头金 律师:矿产归国家所有》,载搜狐文化新闻 2015年2月6日(<http://cul.sohu.com/20150206/n408804150.shtml>,最后访问时间 2015-03-11)。

此问题,同样需要从宪法文本和社会的历史变迁中寻找答案。从上文分析可知,国家通过宪法对“自然资源”进行规制,其原因在于这些自然资源对于国计民生的重要意义以及其本身所具有的经营价值。因此,在这个意义上,就可以从中解读出,国家对于“水流”的所有权,不在于防止一般民众对于“水流”的一般使用或者说出于生活必需的使用,其防止的是出于经营目的的过度开发、使用,这在市场经济转型的今天表露得尤为明显。在我看来,对自然资源的“国家所有”进行一种“目的限缩”的宪法解释符合《宪法》第9条的条文精神,尤其在今天社会转型的背景下,这种“目的限缩”更为必要。依据宪法制定的物权法自然也要受到宪法的辐射影响,因此对物权法中的自然资源国家所有就要进行“合宪性解释”,国家对水流等自然资源的民法“所有权”不能对抗普通民众的一般使用。因此,在自然资源的使用尤其是水流的使用方面,就需要区分“一般使用”与“特别使用”,前者无须经过许可即可使用,但使用目的受到严格限制,只能出于一般的生活需要,比如德国《水资源管理法》(Wasserhaushaltsgesetz)第25条就明确规定,“任何人都有权以一定方式、在一定范围内使用地表水,就如州法所规定为一般使用的情况一样,除非法律有其他规定以及其他人的权利或者财产所有人或沿岸居民的使用受到损害”。而“特别使用”则必须经过行政许可,其使用目的在于经营,而非生活需要。如此一来,“我家住在小河边”或者说“靠山吃山、靠水吃水”的合法性困扰就不复存在了。

(四) 管制与市场:“自然资源”的营利性与其公共性

从1950年的《土地管理法》到1954年《宪法草案》再到1954年《宪法》的正式文本这一变迁中可看出从建国时的《共同纲领》到1954年制宪所经历的一种微妙的变迁,即从承认并维持私人经营慢慢转向国家自身的经营,其背后所隐含的是从“新民主主义”思维向“社会主义”思维的转变。^[53]由此可见,国家对自然资源的经营本身并无疑问,只是在经营方式方面保持开放,1954年之后,随着资本主义工商业的改造以及宪法的制定,自然资源由国家直接经营也就顺理成章了,而在社会主义建设的逻辑下,国家经营自然资源并不存在营利性与公共性之间的矛盾,在1978年转型之前的社会中,并不存在独立的经济活动,一切都在“计划”的牢笼中,一切都需以政治标准为基础。只有在1978年之后,这种“高度政治化”的社会建设模式才出现松动,以“八二宪法”为标志,国家对国营经济进行全面反思,并开始允许和鼓励个体经济、私营经济的存在,国营企业开始探索所有权与经营权的分离,在自然资源领域甚至开始出现了交由个体经营的情况,国家对自然资源的经营也融入到社会大变迁的背景下,而转向以效率和营利为主要目标,并因此而逐渐表现出营利性与公共性之间的矛盾,比如在砍伐林木方面,一方面是私人(包括以私法人形式出现的国家,比如国有企业)通过承包方式获得经营砍伐权,另一方面则是国家始终保留对林木砍伐的监管权,但实践中,私人经营往往过于逐利而导致砍伐过度,而国家监管则因为法律规范的漏洞而流于形式,从而造成生态环境等各方面的破坏。

“自然资源国家所有”是界于政治系统与经济系统之间的。一方面,自然资源需要通过“国家所有”实现“合理利用”并实现其中所包含的公共利益,比如对水资源的维护义务(Unterhaltungspflicht)就需要特别加以规定;另一方面,自然资源只有通过“经营”才能转换为收益,在社会转型的前提下,自然资源也需要通过“市场经营”来实现其利益的最大化,从而实现“合理利用”的最优化。但在由计划经济向市场经济转型的过程中,进入市场的自然资源其经济利益井喷,在自然资源的经济开发和公共利益之间就出现了矛盾。就此而言,“自然资源国家所有”是介于国家管制与市场经营之间的。对此所存在的最为朴素的疑问是,既然“自然资源”属于“国家所有”,也就是“全民所

[53] 参见李忠夏:《从制宪权角度透视新中国宪法的发展》,载《中外法学》2014年第3期。

有”，为何全民不能无偿使用“自然资源”，为何石油、天然气甚至水电等资源其价格不断上涨？要想理解这一点，就必须从中国自1978年之后的社会转型谈起，中国从计划经济式的“全权国家”转型为以市场经济为基础的“保障国家”，其中一个原因就在于在原来“全民所有制”和“国营经济”的体制下，“国营企业”的活力难以被激发，国家统得过多、体制僵化、承担过多的计划指令任务、无法从经营中获益等都制约了“国营企业”在经营方面的积极性和能动性，在这种体制下，自然资源的开发利用充满了浪费、效能低下等问题。在这个背景下，要激发经济的活力，就需要实现经济系统从政治系统的分出，计划经济向市场经济的转变就不可避免，而实现自然资源开发的“市场化”也不可避免。然而，一旦市场化之后，“自然资源”所承担的公共任务不可避免会受到冲击，如何协调营利性公共性之间的矛盾，是“自然资源国家所有”在今天所面临的突出难题，过去三十几年的做法是通过行政命令授权“国有企业”垄断自然资源经营的方式解决，但“国有企业”从改革甫一开始便面临国家计划管控与企业自主经营之间的紧张关系，计划经济向市场经济的转型并未消弭这一紧张关系，反而因为市场化而激发出另外一个矛盾，即国有企业对自然资源开发的垄断经营反而加深了国有企业自身固有的顽疾，即国有企业运营本身容易出现的效率低下、权力寻租以及资源浪费等，这因此衍生出另一个问题，即“国有企业”是否可以通过自身的结构调整而解决上述顽疾？自然资源国家所有是否应向民营企业适度开放？对此问题，应置于“国有企业”的框架下加以回答，而鉴于国有企业问题的复杂性，对此问题需另行撰文。

五、结 语

上文对“国家所有”的规范结构和规范内涵进行了简单的勾勒，其目的在于防止今天中国众多“国有财产”进入到私法领域而丢失其公共义务和公法上的规制，也在于防止今天学界越来越多的学者主张宪法上的“国家所有权”而导致的逻辑混乱。“国有财产”的公法规制是一个复合性的问题：首先，对“国有财产”的规制不仅是一个法学上的问题，还是经济学上的问题，因为在今天社会变迁的情况下，“国有财产”的利用效率是一个不容回避的问题，如何更为有效地（而不是被动地）提供公共服务、实现公共义务是市场经济转型所面临的问题，这就需要在规制与市场之间找到一个平衡点，而法学的任务在于避免附着于国有财产之上的公共任务的流失，而在此框架内如何更为有效地提供公共服务、履行公共任务，则需经济学的知识；其次，对“国有财产”的规制不仅是一个宪法学上的问题，更是行政法学上的问题，宪法提供了一个规范的框架（如立法科学化、基本权利等方面的要求），但具体的细节则需行政法加以补充，比如水资源和公共道路的特许和利用、国有企业民营化的程序和范围、自然资源开发中的公共考量等问题都需要存在一个完备的行政法教义学体系，而行政法的决定也需面向经济学保持开放性。就此而言，“国有财产”的宪法规范分析并不能一劳永逸地解决“国有财产”利用与规制的所有问题，毋宁说，只是提供一个宪法的规范分析框架，具体则需要经济学、行政法等学科加以具体化，需要立法、司法等方面的相互配合。

（责任编辑：蒋红珍）