

# “国家所有权”研究的民法学争点

单平基\*

彭诚信\*\*

---

## 目次

一、民法研究“国家所有权”的主要着眼点——防止政府在自然资源方面与民争利

二、国家所有权的主体问题

（一）国家所有权主体统一性和唯一性说

（二）政府作为国家所有权主体说

（三）国家所有权主体全民说

（四）国家所有权主体公法法人说

（五）小结：针对国家所有权主体问题研究现状的简要评析

三、国家所有权的客体问题

（一）关于《宪法》第9条中“等自然资源”的争议——以“气候资源”归属为例

（二）针对《宪法》第10条的争议——以“城中村”土地所有权归属为例

（三）无主物的所有权归属问题——以“天价乌木案”为例

（四）小结：对国家所有权客体问题研究争点的简要评析

四、国家所有权的性质问题

（一）国家所有权中的“国家”与“主权国家”不能混同

（二）国家所有权之公法所有权说

（三）国家所有权之公权力说

（四）国家所有权之私权说

（五）国家所有权之特别私权说

（六）国家所有权之公共所有权说

（七）小结：国家所有权性质研究现状的简要评析

五、国家所有权的行使及规制问题

（一）观点一：运用物权法思维思考国家所有权问题

（二）观点二：运用公产、公用物理论规制国家所有权的行使及保障全民利益的实现

---

\* 东南大学法学院副教授、法学博士。

\*\* 上海交通大学凯原法学院教授、法学博士。

基金项目：国家社科基金青年项目“私法视野下的水权配置研究”（13CFX101）、国家社科基金一般项目“现代权利理论研究”（11BFX006）及江苏省高校哲学社会科学研究项目“民法占有制度研究”（2014SJD027）的阶段性成果。

(三) 观点三:国有财产实行区分行使原则

(四) 观点四:专设专门机构行使国家所有权

(五) 观点五:注重国家所有权中全民利益的保护

(六) 小结:有关国家所有权的行使及规制研究现状的简要评析

#### 六、国家所有权争点列举——自然资源国家所有权问题

(一) 自然资源国家所有权“双阶构造说”

(二) 自然资源国家所有权“公权说”

(三) 自然资源国家所有权“国家所有制说”

(四) 自然资源国家所有权“三层结构说”

(五) 自然资源“权利层次说”

(六) 小结:有关自然资源国家所有权研究现状的简要评析

结语

**摘要** 国家所有权是民法学界近年研究的重要对象。研究焦点集中在国家所有权的主体、客体、性质、行使及自然资源国家所有权等方面。就国家所有权的主体,存在国家统一和唯一主体说、政府主体说、全民主体说、公法法人说等理论纷争;就国家所有权的客体,对专属于国家所有的客体范围、气候资源及无主物所有权的归属等问题进行了探讨;就国家所有权的性质,呈现出公法所有权说、公权力说、私权说、公共所有权说、特别私权说等不同观点;就国家所有权的行使,提出通过公产、公用物理论、国有财产区分行使原则及专设专门机构以规制国家所有权行使及保障全民利益实现的不同路径;具体就自然资源国家所有权而言,存有“双阶构造说”“公权说”“国家所有制说”“三层结构说”及“权利层次说”等不同学说。梳理国家所有权研究的主要争点可揭示此领域正在及仍待深入研究的问题,明确该领域的未来研究方向,进而为国家所有权制度的建构提供理论根基。

**关键词** 国家所有权 所有权主体 所有权客体 所有权性质 所有权行使

基于国家所有权在社会经济中异乎寻常的地位,学界历来重视对这一主题的关注。民法领域近年关于国家所有权的研究主要集中在国家所有权的主体、客体、定性、行使及自然资源国家所有权等方面。其中既有许多卓有建树的观点,也有重大的理论争议。尤其是,在国家所有权相关问题上经常存在理论与实践的背离,从而更为难以形成共识。诚如孙宪忠教授所言,有些看法在法理上讲得通,但在实际上不好做;在法理上站不住的观点,却容易被一些人接受。<sup>〔1〕</sup> 论文非旨在解决问题,而是尽量梳理并整理学界对这一主题的主要关注点及仍待深入研究的问题,为致力于进一步深入探讨国家所有权理论的专家学者提供参考,更期待国家所有权理论能发挥其实践功能。

## 一、民法研究“国家所有权”的主要着眼点 ——防止政府在自然资源方面与民争利

民法学界关注国家所有权的一个重要原因在于担心政府凭借所谓的“国家所有权”与民争利。<sup>〔2〕</sup>

〔1〕 参见孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社1997年版,第126页。

〔2〕 相关论证可参见王灿发、冯嘉:《从国家权力的边界看“气候资源国家所有权”》,载《中国政法大学学报》2014年第1期,第98~104页;李艳芳、穆治霖:《关于设立气候资源国家所有权的探讨》,载《政治与法律》2013年第1期,第102~108页;法制日报社:《黑龙江规定气候资源属于国家所有》,载《法制日报》2012年6月16日,第6版;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》,载《法律科学》2013年第3期,第62~65页;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》,载《当代法学》2013年第1期,第92~97页。

多年以来,我国形成了一个难以从法理角度理解的惯例:将难以明确的财产尽可能经立法、政策文件或法院判决归属于国家所有。这在政治上貌似崇高,至少是不会犯错误。我国许多立法都是这一观念的产物,在处理难以确定的财产归属时,都会把它们规定为国家所有。甚至对于传统民法中的“无主物”,比如野生的天上的飞鸟、地上的走兽、天地间的空气,立法也把它们规定为国家所有。例如,2012年《黑龙江省气候资源探测与保护条例》规定“气候资源属于国家所有”,便引发了“地方性法规能否宣布气候资源国家所有”的讨论,一时成为媒体关注的焦点。<sup>〔3〕</sup> 地方政府生发垄断风能、太阳能的思维逻辑可能在于,若自然资源归属于国家所有,则政府可依法代表国家行使所有权。学界必须审思这种立法逻辑的正当性,否则极易引发政府与民争利的社会隐患。<sup>〔4〕</sup>

为此,学者对在诸如气候资源之上设置国家所有权大多持否定态度。<sup>〔5〕</sup> 世界上其他国家或地区均未曾出现过政府出台太阳能、风能归属于国家的立法例,而我国地方政府出台的此类政策文件表明其在与民争利方面已走向极端。这种地方性规定侵犯和剥夺了公众自由享用气候资源的权利,而且缺乏必要的法理依据,有超越国家权力边界的嫌疑。国家权力的行使不应涉及他人利益和公共利益的私人自由造成妨碍,不能考虑一己私利,要具备充分的目的合理性,同时应当“有所为,有所不为”,严格遵循“权力法定”的根本原则,使权力来源于法律规定,运行遵守法定程序,并确保权力的行使与相应的义务和责任相对应。在这一地方立法活动中,国家权力却越过了其本应遵守的界线。<sup>〔6〕</sup>

动辄就“一律国有”的规则设计成为国家与民争利的制度性工具。在缺乏正当性理论基础的情况下就将无主物、主体缺失或不明的财产规定或者判定“归国家所有”,过度扩大了国家的利益范围,是将政府置于不诚信地位的一种非常不妥当的做法。<sup>〔7〕</sup> 立法者在确定这些立法规则时并未考虑到作为所有权人亦须承担相应的义务和责任(《民法通则》第126、127条、《侵权责任法》第十章、第十一章)。不科学地扩大国家所有权客体的范围,也会增加国家应承担的法律责任范围。本来依据传统民法,国家并不应该因为主权的拥有而承担民事责任,但是现在立法将它们由国家主权纳入所有权,这就不理智地扩大了“国家”民事责任的范围。如果不承担这些责任,则国家或者政府的行为会受到民众的责难。<sup>〔8〕</sup>

为避免政府在自然资源方面借“国家所有权”之名行与民争利之实,警惕并防止国家所有权之下出现与民争利的攫取型资源财政,将民法学、公法学等相关学科知识及理论与《宪法》及《物权法》规定的国家所有权进行有效对接,学界试图从国家所有权的主体、客体、定性、行使等方面着力研究,以期揭开国家所有权的神秘面纱,使其从“神坛”走向人间。

## 二、国家所有权的主体问题

对国家所有权的理解产生分歧、困惑和矛盾的根源在于国家所有权主体本身的模糊性和不确

〔3〕 参见前注〔2〕,《黑龙江规定气候资源属于国家所有》;刘子衿:《“风光”买卖——黑龙江明令,多省潜行,气象系分羹新能源》,载《南方周末》2012年8月23日,第13-14版;郭毅、张冲:《黑龙江人大立法专家库成员回应气候探测保护条例称:条例是最终版本不会进行修改》,载《法制日报》2012年6月28日,第4版。

〔4〕 参见前注〔2〕,孙宪忠文,第63页。

〔5〕 参见前注〔2〕,李艳芳、穆治霖文,第102~108页。

〔6〕 参见王灿发、冯嘉:《从国家权力的边界看“气候资源国家所有权”》,载《中国政法大学学报》2014年第1期,第98~104页。

〔7〕 参见前注〔2〕,王建平文,第92~97页。

〔8〕 参见前注〔2〕,孙宪忠文,第64页。

定性,而主体界定不明晰又制约着国家所有权的行使和功能的发挥。国家所有权的主体问题从而成为民法学界的一个讨论焦点。

#### (一) 国家所有权主体统一性和唯一性说

该观点认为,代表全民意志和利益的国家是国家所有权的唯一主体。之所以坚持国家所有权主体的统一和唯一性,是由全民所有制的性质决定的,<sup>[9]</sup>只有国家才能真正代表全体人民的统一意志和利益。<sup>[10]</sup>国家所有权只能由国家统一行使,非经国家授权,任何单位无权行使。<sup>[11]</sup>佟柔先生认为,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在法律上的反映,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。<sup>[12]</sup>王利明教授认为,在我国必须坚持国家所有权的统一性。国家所有权在借助各级政府部门行政管理活动来行使和实现时,各级政府部门并不是国家所有权的主体。<sup>[13]</sup>崔建远教授认为,“国家所有权的主体是国家,而非其他任何人。国家虽然同时是主权的享有者、政权的承担者和财产的所有人,但在以所有权人的身份为民事活动时,主权享有者、政权承担者的身份隐而不露”。<sup>[14]</sup>韩松教授认为,国家所有权的性质决定了国家所有权的主体只能是国家。国家所有权是全民所有,具有最为广泛的社会公共目的。全体国民是一个抽象的或者集合的概念,其构成的广泛性、不确定性决定了不可能由全体国民按人数共有,而必须由其代表为全民的利益行使所有权。国家最能代表全体国民,是全民所有财产的所有权主体,为全民的利益行使所有权。<sup>[15]</sup>

有些学者反对国家所有权主体统一性和唯一性说。梁慧星教授基于所有权的平等保护原则,反对依据所有制对国家所有权进行规范,<sup>[16]</sup>认为市场经济要求物权法必须对各类财产实行平等保护,应放弃传统理论和立法中以生产资料所有制性质划分所有权类别的作法,不再对国家所有权和集体所有权做专门规定。<sup>[17]</sup>尹田教授基于“一物一权主义”对国家所有权主体的统一性和唯一性进行了批驳,认为“这些理论之所以产生并且经久不衰的根本原因,就在于对一种错误的固有观念的维护和坚持。依照这种观念,公有制中的全民所有,必须体现为国家所有权。而如果国家对国家企业财产不能享有所有权,则社会主义公有制便将毁于一旦”。<sup>[18]</sup>然而,实践证明这种理论根

[9] 参见魏振瀛:《民法(第四版)》,高等教育出版社2010年版,第245页。

[10] 参见前注[2],孙宪忠文,第62页。

[11] 参见王利明:《民商法研究(修订本)》,法律出版社2001年版,第312页。

[12] 参见佟柔主编:《民法原理》,法律出版社1986年版,第158~161页。

[13] 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271页。

[14] 崔建远:《物权法(第二版)》,中国人民大学出版社2011年版,第170~171页;崔建远:《物权:规范与学说——以中国物权法的解释论为中心(上册)》,清华大学出版社2011年版,第390页。

[15] 参见韩松:《国家所有权和集体所有权、私人所有权》,载王利明主编:《物权法名家讲坛》,中国人民大学出版社2008年版,第108页。

[16] 梁慧星教授负责的中国物权法草案建议稿对国家所有权主张进行淡薄化的处理。该建议稿认为,将所有权区分为国家所有权、集体所有权和个人所有权,是为了反映生产资料所有制的性质,更多具有政治意味,而非法学意味。该建议稿主张以所有权的标的为标准将所有权分为不动产所有权和动产所有权,然后在此基础上再做细分,而对以所有权主体为标准划分的所有权予以舍弃。民法中所有权的主体无论是国家、集体还是个人,其所有权的性质都相同,保护的手段并无差异,以主体为标准的划分并无任何实益,且将国家、集体和个人的所有权同等对待,也是民法的基本原则(平等原则)的要求,应确立合法财产一体保护的原则,以此抹去带有政治意味的生产资料所有制的性质。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210~217页。

[17] 参见前注[16],梁慧星书,第212页。

[18] 尹田:《物权法理论评析与思考》,中国人民大学出版社2008年版,第110页。

本不能解决国有企业对财产的独立支配问题。<sup>〔19〕</sup>有学者认为,国家所有权与公有制并不存在必然联系。从现实角度来看,国家所有权不仅是社会主义公有制国家才有,早在封建时代,晚至当今资本主义国家,国家所有权都存在。封建国家土地所有权的背后是私有制,一些西方国家中的国家所有权,背后仍然是私有制。法律层面的国家所有权并不必然反映深层的所有制。法律所言之“所有”应为所有权,而非所有制。<sup>〔20〕</sup>

物权法是否应依主体不同对所有权进行分类确实值得进一步思考。大陆法系的确不存在根据所有制性质划分所有权类别的做法。我国摒弃大陆法系物权立法的传统,对于国家、集体和私人所有权在物权法中区分规定依据何在?王利明教授认为,制定物权法必须充分体现对于各类所有权的平等保护,但平等保护与在物权法中对国家所有权及集体所有权做出专门规定并不矛盾,这并不意味着要对这些财产给予特殊保护,而只是因为这些财产客观存在,需要通过物权法予以确认和保护。<sup>〔21〕</sup>孟勤国教授认为,所有权概括和抽象了财产归属权利,表述了一切财产归属权利的共同本质。所有权种类的划分是为了反映和说明所有权在特定条件下的某些特性,主体的性质和特点对所有权的内容和行使的影响显而易见,依主体划分命名所有权,可确切地反映所有权的某一方面的特性,有利于正确认识 and 规定所有权。国家所有权、集体所有权、私人所有权共同构成了中国现行法律中重要的所有权分类。<sup>〔22〕</sup>

## (二) 政府作为国家所有权主体说

该观点的主要依据在于我国实施的分税制,即承认地方政府与中央政府各自拥有独立的征税权。税收在法律上是政府取得所有权的方式,而分税制的基础是中央利益与地方利益的区分,故实行分税制说明我国实际上已承认了地方政府独立的所有权。<sup>〔23〕</sup>近来更是形成了分级所有说和统一所有分级代表说两种观点。分级所有说认为,国有财产应当实行分级所有,按照现行的国有资产管理体制,国有资产可以分解为中央、省(自治区、直辖市、计划单列市)、市、县四级所有,并分别由同级政府来行使所有权。国家一级的所有权仍由中央政府行使,地方一级国家所有权则由地方政府行使。<sup>〔24〕</sup>统一所有分级代表说认为,在我国必须坚持国家所有权的统一性,国家所有权在借助各级政府的行政管理活动来行使和实现时,各级政府并不是国家所有权的主体,只是代表国家行使所有权的机关,其本身并不是所有人。<sup>〔25〕</sup>

反对政府作为国家所有权主体的学者居多,至少可分为“国家所有+政府代表+人大监督说”“国家所有+人大代表+政府管理说”两种观点。

“国家所有+政府代表+人大监督说”认为,国家所有权的主体具有唯一性和统一性,即只有由代表全体人民意志和利益的国家才能作为国家所有权的主体,其他任何组织或者个人都不能成为国家所有权的主体。国务院代表国家行使国家所有权,地方政府根据职权管理国家财产。各级政府都不是国家所有权的主体。<sup>〔26〕</sup>与此同时,若完全不承认地方对其投资及其收益所享有的权利

〔19〕 参见前注〔18〕,尹田书,第96页。

〔20〕 参见周林彬、王烨:《论我国国家所有权立法及其模式选择——一种法和经济学分析的思路》,载《政法论坛》2002年第3期,第47页。

〔21〕 参见前注〔13〕,王利明书,第256~257页。

〔22〕 参见孟勤国:《物权二元结构论——中国物权制度的理论重构》,人民法院出版社2004年版,第191页。

〔23〕 参见前注〔2〕,孙宪忠文,第62页。

〔24〕 参见周林彬:《物权法新论》,北京大学出版社2002年版,第292页。

〔25〕 参见王利明:《物权法研究》,中国人民大学出版社2002年版,第291页。

〔26〕 参见孟勤国、张里安主编:《物权法》,湖南大学出版社2006年版,第96页。

也极不妥当。不承认地方政府享有所有权,但应承认其对投资享有使用、收益权。<sup>〔27〕</sup> 李开国教授等认为,地方政府并非国家所有权的真正主体,应规定代表国家行使所有权的政府机关的社会性义务和各级人大监督的权力。政府机关负有依法将国家所有的土地、矿藏、水流等自然资源确定给集体、个人使用的义务。<sup>〔28〕</sup> 屈茂辉教授认为,国务院以外的机构代表国家行使所有权,尤其是地方政府代表国家行使土地、矿产资源所有权,应有法律明文授权。<sup>〔29〕</sup>

“国家所有+人大代表+政府管理说”认为,只有全国人大才可代表国家行使所有权,而政府仅是国家财产的管理者,并不能作为国家所有权的代表者。蔡定剑教授认为,国家财产一般包括自然资源财产、行政财产和国有公司财产。人大代表人民行使国家所有权,即对它们有处分权。但处分方式并不相同,如对自然资源财产,全国人大一般是通过立法进行,政府依法进行管理。对行政财产,政府通过预算取得,预算要通过人大审批。行政财产的使用,人大通过法律,政府依法使用。<sup>〔30〕</sup> 国家所有权理论体现为:人大行使国有资产的所有权,政府根据人大的法律和决定行使国有资产的使用管理权,国有企业具体行使经营管理权。人大对所有权的行使主要表现在对重大国有财产的最终处分权上,而不是要去经营管理。国有财产的最终处分权是指对国有财产变成非国有财产的决定权力。如对国有土地、资源和国有企业进行私有化必须由人大决定;对国有公司资产的转让、拍卖要根据人大决定或授权。企业根据政府委托行使法人权,进行具体的经营管理。<sup>〔31〕</sup>

### (三) 国家所有权主体全民说

该学说认为,国家财产是社会主义全民所有的财产,国家实际上是代表全体人民行使全民财产的所有权,所有权的行使必须根据全民的意志和利益。<sup>〔32〕</sup> 由全民所有的财产组成的全民所有制经济是国民经济的主导力量,决定着整个国民经济的发展速度和方向。只有由国家统一行使所有权,国家才能对整个国民经济进行宏观调控,实现组织经济的职能。<sup>〔33〕</sup> 政府论者否定国家作为所有权主体的适格性,主张只有政府才是具体的实体并享有所有权。全民论者则主张国家所有权的主体是全体人民,社会主义国家是全体社会成员的联合产物,国家所有就是全民所有。<sup>〔34〕</sup>

有学者持反对意见,认为所有权的主体、客体都必须具体、明确,抽象的主体无法形成民法意义上的所有权主体。“国家”与“全民”不能等同,国家所有权与全民所有并非同义,抽象的国家无法成为民法上具体物的所有权主体。<sup>〔35〕</sup> 公有制国家的全民所有权之所以采取国家所有权的法律形式,是因为全民所有是直接的社会所有,所有者虽为全体人民,但在法律上并没有一个所有者,这需从法律上确立全民财产的权利主体,从而使其权利得以实现,而国家则是唯一合理的选择。<sup>〔36〕</sup>

〔27〕 参见前注〔13〕,王利明书,第270页。

〔28〕 参见李开国、刘云生、章礼强:《国家所有权和集体所有权立法新建议》,载《湖北民族学院学报(哲学社会科学版)》2003年第3期,第18页。

〔29〕 参见屈茂辉、刘敏:《国家所有权行使的理论逻辑》,载《北方法学》2011年第1期,第21页。

〔30〕 参见蔡定剑:《谁代表国家所有权》,载《社会科学报》2004年10月28日,第001版。

〔31〕 参见前注〔30〕,蔡定剑文。

〔32〕 参见王利明:《国家所有权的法律特征研究》,载《法律科学》1990年第6期,第32页。

〔33〕 参见魏振瀛:《民法(第四版)》,高等教育出版社2010年版,第245页。

〔34〕 参见孙宪忠:《论物权法》,法律出版社2001年版,第247~250页。

〔35〕 参见前注〔2〕,孙宪忠文,第56~65页。

〔36〕 参见李双元、温世扬:《比较民法学》,武汉大学出版社1998年版,第320页。

#### (四) 国家所有权主体公法法人说

国家所有权主体公法法人说主张废止“统一、唯一主体”的国家所有权理论,把“国家所有权”回复到社会公认的“公共财产”概念,在公共财产治理秩序中,利用当代民法技术规则中的法人制度,尤其是公法法人制度,明确承认实际行使公共财产占有、使用、收益和处分权利的法人享有公共财产所有权。这一观点采纳了德国民法中的“公法法人财产所有权”理论,借以使得财产实际控制秩序从主体、客体、权利、义务和责任的各个方面明确化。<sup>〔37〕</sup>

公法法人所有权理论认为,其在法理上的科学性和“统一、唯一主体”的公共财产所有权理论的不科学性可以形成鲜明对照。在公法法人所有权理论下,公共财产权利的主体、客体、权利、义务和责任都是明确肯定的。这也保障了公共财产权利保护方面的优势,因为在具体财产受到侵害时,定会由具体占有使用财产的法人承担保护责任。孙宪忠教授强调,公法法人所有权不会导致公共财产私有化。公法法人根据宪法、行政法或公法法人组织法设立,公法法人的财产只能用于公共事务或公益事项;在当代民法中,法人所有权是一种明确财产权利、义务和责任的法律技术手段,它的基本出发点是民法上的法律关系特定性理论,也就是主体和客体必须明确肯定的原则。这一观点并不否定社会公众作为“最终财产归属”的观念。公法法人解体时,最终财产由公法确定。在公法法人理论指导下,公共财产支配秩序只会产生权利、义务和责任不断清晰的结果,在任何情况下也不会产生私有化的结果。<sup>〔38〕</sup>

#### (五) 小结:针对国家所有权主体问题研究现状的简要评析

1. “国家所有权主体统一性和唯一性学说”认识到了国家所有权负载利益的全民性,但仍有以下问题需要回答:(1)此处国家的性质如何?即到底是宪法意义上的国家,还是民法意义上的国家尚需明确。(2)若国家是全部国有资产的唯一主体,如何解决国有企业进入国际市场的权利基础问题?例如,国有企业A欠款,是否可以执行国有企业B的财产?<sup>〔39〕</sup>(3)法学界一直强调的“全体人民利益一致性”是否真的存在?这一答案将直接影响到“统一性、唯一性”的国家所有权制度建立的社会基础是否真实具备。(4)所有制和所有权均属于上层建筑的范畴,其中一个政治学范畴,一个是法律概念,如何由一个上层建筑来决定另一个上层建筑的性质和主体?

2. “政府作为国家所有权主体说”存在值得商榷之处。这至少体现为:

其一,中央政府代表国家,但其本身未必是国家。占有国有财产的国家机关、企事业单位、其他组织或个人也都不是国家所有权的权利主体。从中央到地方的各级政府主管机关对其主管的国有企事业单位的财产,对其管理的国有土地、矿藏、森林、草原、水资源等财产,虽可在国家的授权范围内代表国家行使国家所有权,但它们同样不是国有财产的所有人。国家作为一个抽象的法

〔37〕 参见孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社1997年版,第23页。

〔38〕 参见前注〔2〕,孙宪忠文,第65页。

〔39〕 曾发生如下案例:根据穆斯林教派的信仰,我国某穆斯林地区一个国有企业被认可向埃及出口羊肉。但是,该国有企业出口的羊肉上没有阿訇所做的标志,因此被埃及方面视为不洁之物而扔进大海。随即,埃及方面的进口商向我国出口企业索赔,而我国该出口企业认为出口的羊肉符合国际卫生标准,因此拒绝赔偿。埃及方面随即请求埃及法院将停泊在埃及某港口的我国某远洋运输公司的两艘巨型集装箱货轮扣押,并计划用这两艘巨轮偿债。埃及法院扣押我国远洋运输公司货轮的理由是,该羊肉出口企业是中国国有企业,中国的远洋运输公司也是国有企业,依据中国《宪法》《民法通则》以及中国数十年一贯的学者解释,这两个企业都只有一个法律上的主体即中国国家,所以这两个企业是一个所有权人名义下的财产。因此,中国羊肉出口企业所欠债务,可以理解为中国国家的债务;这一债务当然可以用其名义下的财产——中国远洋运输公司的轮船来承担。案例详情参见前注〔2〕,孙宪忠文,第58页。

律人格,要参与到民事关系之中,必须具体化一定的意思机关和执行机关,政府机构由此担负了行使国家所有权的主要职责,使国家所有权的主体人格得到落实,意志得到实现。政府代表国家行使所有权,因此只是权利的行使者,而非享有者。政府行使的不是自身的权利,只是在履行对国家所有权主体承担的义务。这在法理上是无须质疑的。

其二,中央政府和地方政府的利益有时并不一致,地方政府之间的利益往往就更不一致。由于中央与地方、地区与地区之间的利益差别,它们并不是也不可能是一个利益统一体。例如,在自然资源所有权方面,虽然国企垄断地位卓然,但从媒体报道看,中央政府和地方政府之间的争夺也很激烈。比如,关于陕西北部油田的享有和开采权利,就发生了中央政府支持的集团公司和地方政府支持的地方油田之间的争夺。<sup>〔40〕</sup>

3. 针对国家所有权主体全民说,必须承认,我国《宪法》(第9条)和《物权法》(第45条)规定的“全民”无法成为法律关系主体。这个抽象的人的群体,在任何时候都无法满足所有权主体必须明确肯定这个基本要求,也不符合民法关于法律关系主体的基本定义。所有权制度乃至物权制度如何界定这一主体?全体人民作为所有权的主体,其对所有权的行使,如何在物权法乃至民法制度中体现?毕竟,人民这一概念是特定的,有其历史的、抽象的本质内涵。完全抽象的“全民”无法成为民法财产所有权的主体。<sup>〔41〕</sup>人民作为一个集合体,不具有法律所言的独立人格,不属于严格意义上的法律范畴。从这一角度来看,“国家”一词在法学上不可和“人民”这个概念等同替代。全民是生产关系层面的所有制主体,而不是法律层面的所有权主体。生产资料的全民所有制是指生产资料归全体人民所有,所以全体人民是该生产资料的真正主人;但实际上,全体人民又只是名义上的所有者,不是也不可能在民法上成为任何意义上的行为主体、责任主体。

4. “国家所有权公法法人所有权”理论与“国家所有权统一、唯一主体”学说相对,认识到了国家既是一个政治权利实体,又能以民事主体的身份参与到民事关系之中。质言之,国家兼有主权者和所有权主体双重身份。然而,把国家所有权的主体认定为公法法人是否真的能够解决国家所有权的相应问题,还有待实践的检验。另外,公法法人与私法法人在权利、义务、责任及具体规则适用上有何不同,也需要理论界的澄清。

### 三、国家所有权的客体问题

《物权法》(第46至52条)规定的国家所有权的客体范围基本上囊括了所有重要的自然资源。民法学界也近乎先验地认为国家所有权客体具有无限广泛性,没有范围限制,无论何种财产都可以作为国家所有权的客体,而且有些财产只能属于国家所有,其他民事主体不能取得所有权。<sup>〔42〕</sup>但对于一些特殊的客体是否专属于国家所有引发了学界的很大争议。

#### (一) 关于《宪法》第9条中“等自然资源”的争议——以“气候资源”归属为例

气候资源是否属于国家所有引发了很大的争议。2012年黑龙江省《气候资源探测与保护条例》规定,“气候资源为国家所有。从事气候资源探测活动,应当经省气象主管机构批准。经批准的气候资源探测活动,应当通知所在地气象主管机构”(第7条)。“从事气候资源探测活动的单

〔40〕 参见陈挺:《第四大石油公司隐情:陕西省政府与中石油交锋》,载《南方周末》2005年9月29日。

〔41〕 参见前注〔2〕,孙宪忠文,第61页。

〔42〕 参见王利明:《物权法研究(上卷)》,中国人民大学出版社2007年版,第506页;柳经纬主编:《物权法》,厦门大学出版社2000年版,第64页。



位,应当按照国家规定向省气象主管机构汇交气候资源探测资料,气候资源探测资料未经复核不得使用。省气象主管机构应当加强汇交资料的管理,建立汇交资料档案密级制度,不得将汇交资料泄露给其他单位或者个人。”(第10条)这项规定在全国首次为风、雨、阳光等气候因子设立了所有权制度,并明确国家为气候资源的所有权主体。该规定一经颁布就引起了极大反响,绝大多数学者对此持反对态度。王灿发教授认为,充足的光照和适宜的风雨是人类生存不可或缺的物质基础,气候是大自然赐给全体人类的宝贵财富,理应为全体人类所共同享用,而不能人为地规定为由某个主体所独自占有和享有。<sup>[43]</sup>有学者主张,气候资源的特点及开发利用过程的特殊性决定了气候资源立法不能以物权制度设计为前提,而应将行政权作为立法的内生变量。气候资源立法的基本制度构成应包括以下方面:气候资源利用准入的合理管制与引导;消除气候资源利用过程中的外部性影响;协调气候资源利用可能引发的利益冲突。<sup>[44]</sup>总体而言,对“气候资源为国家所有”这一地方性立法反对声一片,赞同者很少。有学者从立法依据、立法目的、立法权限、立法内容、立法程序等多方面明确指出了该条例存在的诸多问题,甚至提出对《气候资源探测与保护条例》进行违宪审查。<sup>[45]</sup>此后,有国家气象部门领导及相关气象专家接受采访时表态支持黑龙江《气候资源探测与保护条例》,使得舆论再起波澜。<sup>[46]</sup>这一规定也引起广大企业的反对,它们认为此举是地方政府和相关职能部门增加收费的一种手段。<sup>[47]</sup>

实际上,“气候资源是否属于国家所有”这一问题关系到对《宪法》第9条“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”中“等自然资源”的理解。随着我国对气候资源利用范围的逐步扩大,在利用过程中也已出现不少问题。<sup>[48]</sup>我国自然资源的所有权归属主要包括两个方面:一是国家所有;二是集体所有。<sup>[49]</sup>一般认为,构成自然资源需具备价值性、有限性等特征。气候资源具备价值性的特征,可以满足人类的某种需要,能够被人类用来改善生产和生活条件。然而,就有限性特征而言,我国《物权法》《土地管理法》《水法》《森林法》和《野生动物保护法》等法律规定的土地、水资源、森林和野生动物等自然资源的国家所有权都是建立在上述自然资源的有限性和稀缺性的基础之上。<sup>[50]</sup>自罗马法时代,针对诸如空气、阳光等不能作为所有权的客体,而为全人类所“共有”的物一般被称为共用物。<sup>[51]</sup>此类物不由法律进行调整,而是放

[43] 参见王灿发、冯嘉:《从国家权力的边界看“气候资源国家所有权”》,载《中国政法大学学报》2014年第1期,第97页。

[44] 参见张璐:《论气候资源立法的法律逻辑》,载《北京理工大学学报(社会科学版)》2013年第3期,第121页。

[45] 参见前注[2],李艳芳、穆治霖文,第102页。

[46] 参见前注[3],郭毅、张冲文;参见前注[2],《黑龙江规定气候资源属于国家所有》。

[47] 参见前注[3],刘子衿文。

[48] 例如,2004年7月9日至11日,河南省平顶山市、驻马店市、漯河市、许昌市和周口市就曾基于对一片携带丰富水汽的云团争相实施人工降雨作业,产生了激烈的区域人工争雨纠纷。参见刘毅、王伟:《“云水争夺战”引发思考:把好“空中水库”闸门》,载《人民日报》2004年7月22日,第16版。对此,学者建议“省级行政区划之间对雨云资源的分配争议由国务院及其所属机构进行协调,省级行政区划内部的分配争议由省级气象主管部门负责协调”。参见邓海峰:《人工降雨法律问题研究》,载《法商研究》2007年第5期,第26~30页。

[49] 《宪法》对自然资源权属问题的原则性规定较为清楚,即没有明确规定私人对自然资源的所有权,这体现在第9条和第10条中的相关内容。其中,矿藏、水流和城市的土地为单一所有权形式,只能归国家所有。森林、山岭、草原、荒地、滩涂为双项所有权形式,可以归国家所有或者集体所有;但集体所有需要一个前提条件,即“由法律规定属于集体所有的”,才能为集体所有。

[50] 参见王灿发、冯嘉:《从国家权力的边界看“气候资源国家所有权”》,载《中国政法大学学报》2014年第1期,第99页。

[51] 参见[意]桑德罗·斯奇巴尼:《物与物权》,范怀俊译,中国政法大学出版社1999年版,第8页。

任大家共同使用。<sup>[52]</sup>如马尔西安在《法学阶梯》中所言,“的确,根据自然法:空气、流水、大海及海滨属于共用物”。<sup>[53]</sup>这类物在罗马法上有时也被称为一切人共有的物,不属于任何一国一民,而是属于整个人类之物,即为所有人共同使用而不为任何人专有。<sup>[54]</sup>循此,有学者认为,气候系统中的阳光、风、雨等资源,从目前人类的开发利用水平而言,仍属于总量庞大的无限资源或可再生资源,没有必要为其设立所有权制度,更无必要将国家权力扩展至气候资源之上。气候资源并不具有成为所有权客体应有的属性和特征,因此设定气候资源国家所有权不具有科学性和正当性基础。<sup>[55]</sup>曹明德教授认为,气候资源属于自然资源之一,是全体公众的“公共财产”和“共享资源”,应当归全体公民共有,即气候资源是一种公众共有物。应由公众委托国家对其进行管理,以避免无序或低效开发利用的局面,而非简单地宣布将其所有权私有化或归国家所有。<sup>[56]</sup>

## (二) 针对《宪法》第10条的争议——以“城中村”土地所有权归属为例

“城中村”土地所有权的归属问题对现行法提出了挑战,也引发了学界对《宪法》第10条规范基础及其适用的争议。近年随着城市建设的扩大,原来属于集体所有的城市郊区的土地被划入城市市区范围,形成所谓的“城中村”。依照现行法规定,城市的土地专属于国家(《宪法》第10条第1款),城市郊区和农村的土地除法律规定属于国家所有的以外,属于农民集体所有(《宪法》第10条第2款、《物权法》第47条<sup>[58]</sup>)。那么,“城中村”的土地是保持原来的农村集体所有,还是属于国家所有?该农民集体所有的土地是应当依照《宪法》第10条第1款的规定自然而然转化为国有土地,还是应当依照宪法第10条第2款的规定继续保持集体土地所有权性质,又或者必须遵照第10条第3款的规定征收为国家所有?

对此存在争议。有学者主张集体建设用地使用权直接进入土地使用权出让市场,由集体拥有土地所有权,直接向建设单位或个人出让土地使用权。崔建远教授主张在坚持集体土地所有权的前提下,修正我国现行法设计的农村土地权利制度,调整既有的征收制度:集体所有的土地用于开发利用的,绝大部分不必再走“先征收、再出让”的老路,可以由集体经济组织这个土地所有权人直接与用地者签订集体建设用地使用权出让合同,创设集体建设用地使用权。集体建设用地使用权的设立,使得既存的土地承包经营权、有偿取得的宅基地使用权、集体建设用地使用权归于消灭的,土地承包经营权人、有偿取得的宅基地使用权人、原集体建设用地使用权人也应获得相应补偿。由于此场合下的土地承包经营权、有偿取得的宅基地使用权、集体建设用地使用权的消灭,不是依据母权消灭、子权随之消灭的原理运作,所以,符合事物本质的补偿款支付流程应当是,由集体土地所有权人向土地承包经营权人、有偿取得的宅基地使用权人、原集体建设用地使用权人支付。从另一个角度说,是用地者向集体土地所有权人所付对价中,含有土地承包经营权、有偿取得

[52] 参见[意]彼德罗·彭梵德:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社2005年版,第142页。

[53] [古罗马]马尔西安:《法学阶梯》第3卷,转引自前注[51],桑德罗·斯奇巴尼书,第8页。

[54] 参见[荷兰]格劳修斯:《海洋自由论》,宇川译,上海三联书店、华东师范大学出版社2005年版,第23页。

[55] 参见前注[2],李艳芳、穆治霖文,第102页。

[56] 参见曹明德:《论气候资源的属性及其法律保护》,载《中国政法大学学报》2012年第6期,第29~32页。

[57] 《宪法》第10条规定:“城市的土地属于国家所有。”(第1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。”(第2款)“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。”(第3款)“任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。土地的使用权可以依照法律的规定转让。”(第4款)“一切使用土地的组织和个人必须合理地利用土地。”(第5款)

[58] 该条规定:“城市的土地,属于国家所有。法律规定属于国家所有的农村和城市郊区的土地,属于国家所有。”

的宅基地使用权、集体建设用地使用权消灭的代价。<sup>[59]</sup> 韩松教授认为,这同城市土地的国家专属所有的法律规定相违背。国家对城市土地的专属所有,必然要求国家对建设用地使用权出让市场的垄断。如果不改变国家对城市土地的专属所有,讨论集体建设用地使用权的出让没有意义。按照《宪法》和《物权法》的规定,城市的土地专属于国家所有,那么城市郊区城市化以后,郊区土地变成城市的土地,就应当属于国家所有。在这种规定不变的情况下,要研究的问题是,国家如何实现对这些土地的国有化。无非两种途径:一是国家征收,将原先集体所有的土地征收为国家所有;二是概括国有化,但对集体经济组织给予补偿,确保其基本生存条件和社会保障,以及发展的权利。可以考虑,将土地概括国有的前提下,给予原集体及其成员一定期限的对国有土地的建设用地使用权,以保障其生存和发展的需要,保障其向市民的完全转化。<sup>[60]</sup> 程雪阳认为,《宪法》第10条第1款本身并非一个强制性法律规范,而是与《宪法》第10条第3款共同构成了一个授权性规范。其规范内涵是:城市的土地可以属于国家所有,也可以不属于国家所有;城市可以建设在国有土地上,也可以建设在非国有土地上;国家可以基于公共利益的需要将城市的土地征收为国家所有,但这项权力的行使必须遵守《宪法》第10条第3款的规定,而不能直接将非国有土地无偿概括国有化。<sup>[61]</sup> 这些争论均体现出如何将民法学、公法学等相关学科知识及理论与《宪法》及《物权法》规定的国家所有权进行有效对接的问题。

### (三) 无主物的所有权归属问题——以“天价乌木案”为例

“天价乌木案”所引发的无主物是否应归属于国家所有引发了学界热烈的讨论。该案基本案情为,2012年2月8日,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里发现几根乌木,后经专家估算达数百万元“天价”。吴高亮认为,先占乌木者先取得乌木所有权。然而,2012年7月3日,彭州市财政局会同市文管局、林业局、司法局、水务局、国土局等部门确认:乌木归国家所有,依法奖励吴高亮7万元。“天价”乌木的归属一时成为学界关注的焦点。<sup>[62]</sup>

《物权法》没有规定无主物先占制度,致使法院在“天价乌木案”中陷入无法可依的境地。学界针对乌木的所有权归属问题争议甚大,大致有如下几种观点:<sup>[63]</sup> (1) 属国家所有。理由却有多种:认为乌木为无主物,应属国家所有;认为乌木是所有人不明的埋藏物(《民法通则》第79条),应属国家所有;认为乌木属自然资源,应归国家所有;认为发现地(河道)属于国家所有,乌木应归国家所有。(2) 属土地所有人(国家或集体)所有。理由在于,“埋藏”属于人为行为,乌木系自然形成,不属于埋藏物。乌木作为有主物应由土地所有人享有,可属于国家或集体。(3) 归先占人所有。但《物权法》没有规定“先占”制度,对保护发现人的权利不利。(4) 难以认定说。乌木是自然界变化的结果,不属埋藏物,暂时难以对其归属做认定。(5) 天然孳息说。乌木是承包地的天然孳息,根据《物权法》第116条规定:“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。”这一观点能否成立,关键在于确认乌木是否属土地的天然孳息。

[59] 参见崔建远:《征收制度的调整及体系效应》,载《法学研究》2014年第4期,第63~75页。

[60] 参见前注[15],韩松文,第115页。

[61] 参见程雪阳:《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,第169页。

[62] 参见前注[2],王建平文,第92~97页;王永霞:《彭州乌木事件的法解释学思考》,载《政法论丛》2013年第4期,第114~121页;王建平:《埋藏物乌木发现者权益的立法逻辑比较分析》,载《西南民族大学学报(人文社会科学版)》2013年第1期,第123~129页;周辉斌:《“天价乌木案”凸显〈物权法〉适用之惑》,载《时代法学》2013年第2期,第17~25页。

[63] 相关观点的详细介绍可参见前注[62],周辉斌文,第17~25页。

#### （四）小结：对国家所有权客体问题研究争点的简要评析

1. 相对于集体所有权和私人所有权，国家所有权的客体具有广泛性。国家所有权的客体范围在法律上没有限制，任何民法上的物之上均可能成立国家所有权。非国家专属的财产，其他主体都能享有所有权，国家当然也能够享有所有权。国家所有权的客体既有国有土地（城市市区的土地，农村和城市郊区中依法由国家所有的土地，未确定为集体所有的林地、草地、山岭、荒地、滩涂以及其他土地）、矿藏、水流、海洋、湖泊等自然资源，也有银行、铁路、公路、港口、邮电通讯、广播设施以及车辆船舶、机械设备等；既包括军事设施、水库、电站等，还有文化、教育、卫生、体育设施和文物古迹、风景浏览区、自然保护区等。集体所有权和私人所有权的客体范围是受法律限制的。根据宪法和法律的规定，有些财产只能作为国家所有权的客体，不能作为集体或自然人所有权的客体，例如，矿藏、水流、海域、无线电频谱资源等。《物权法》第41条规定，“法律规定专属于国家所有的不动产和动产，任何单位和个人不能取得所有权”。该条规范的实质就是针对一些关系国家利益和人民生活的重要财产的特点，由法律明确规定专属于国家所有，排除任何单位和个人对这类财产的所有权，从而确保国家对这类财产的绝对控制，以维护国家和人民利益。<sup>〔64〕</sup>另外，有些所有权的取得方法只能产生国家所有权，不能产生集体或私人所有权，如征收、没收、税收等。

“气候资源是否属于国家所有”实际上涉及气候资源是否属于《宪法》第9条规定的“等自然资源”中的内容，是否能够通过设立国家所有权的方式确定气候资源归属，如何才能更好地保护气候资源并规范其开发利用秩序等一系列深层次问题。这至少需要回答以下问题：是否可理解《宪法》第9条第2款对集体所有的自然资源已做了明确列举性规定，除此以外的一切自然资源，包括《宪法》中未列明的其他自然资源，即“等自然资源”，均应归国家所有？气候资源是否应被《宪法》第9条中的“等自然资源”所涵盖，归于国家所有？“等自然资源”中的“等”究竟是“等内”还是“等外”？必须承认，气候资源是一种重要的自然资源，在一定条件之下能够被认识和控制，并独立存在，能够成为法律关系的客体。例如，人们利用风能、太阳能发电，利用雨云实施人工降水等开发利用和保护气候资源的活动。即使从民法的角度看，气候资源在一定条件之下也是可以为人力所支配的自然力，属于民法上之“物”。在气候资源利用及相关制度安排上存在的争议，实际上凸现了我国当前对气候资源的利用实践同相关的气候资源理论研究、立法规范设计明显滞后的矛盾。气候资源利用的相关立法，在法学理论和研究中是一个新的命题，理论研究应为我国气候资源法律制度的选择与设计提供必要的理论支持。与此同时，这些问题在学者理论分析的基础上，均需要有权机关（全国人大及其常委会）做出立法规定或法律（甚至是宪法）解释。

2. 任何财产都可成为国家所有权的客体，关键是何种财产只能作为国家所有权客体的问题。在未经合法程序收归国有之前，原来农村的土地即使成为“城中村”，也依然应属于集体所有。在资源稀缺的社会，法律本质上要解决稀缺资源的分配问题，这要通过设定所有权的方式实现。在如何更好地保障与救济所有权、实现所有权平等保护之前的前置性的问题是如何划定所有权的边界？在当前法律框架对于国家所有权客体无限性的立法思路之下，很多新型的财产或能源均被界定为国家所有权的客体，引发了不少争论。这亟需探讨设定国家所有权以及界定国家所有权客体范围时应当秉持的标准。<sup>〔65〕</sup>当前，虽然《物权法》对于我国所有权法律体系已有立法界定，但现实中的一些纷争并未因此而平息。在不断“扩充”国家所有权客体范围之前，必须冷静地思考以下问

〔64〕 参见前注〔15〕，韩松文，第112～113页。

〔65〕 参见刘超：《国家所有权客体范围之依据的证成与考辨》，载《广西大学学报（哲学社会科学版）》2013年第2期，第50页。

题:国家所有权相较于其他类型所有权的优越性和特殊性从何而来?是否有必要?设定国家所有权的标准和目标是什么?是否具有内在的价值选择准则?这些问题的解决是设定国家所有权的逻辑前提,也是更好实现国家所有权立法预期的客观需要。

3. “天价乌木案”本质上是一起无主物先占引起的权属纠纷,折射出《物权法》的立法缺陷。法院陷入无法可依境地的原因在于《物权法》对于无主物先占制度并未进行规定。法院应当运用法律赋予的自由裁量权,根据无主物先占制度的法理或民法原则对“天价乌木案”进行判决,以推动立法最终承认无主物先占制度。另外,在我国现阶段,仍然存在规定先占制度的必要。虽然我国法律已明确规定了水资源、矿藏、文物等财产归属于国家,但是这并不表明在任何情况下都不会出现无主物。例如,我国目前的垃圾产业高达数十亿元,而该产业的前提就是建立在无主物的基础上,如果不承认垃圾为无主物,由先占者获得所有权,则整个行业将面临法律制度上的困境。不仅如此,在国家和集体所有的财产范围内,仍然可能发生无主物的情况,如在公共水面捕鱼、合法的砍柴伐薪等。强调国家所有权的扩张性,即在产权不明的各种情况下,如出现无人继承的财产,找不到所有人的遗失物、漂流物、埋藏物等情况下,所有权一律归属于国家。这样导致的实际结果是:一方面国家无法真正承担起所有者的责任,另一方面无法实现《物权法》物尽其用的立法目的,导致资源闲置浪费。<sup>[66]</sup>另外,先占制度与国有资产流失没有任何必然联系。<sup>[67]</sup>由于先占制度适用的对象是无主物,已属于国家所有的财产根本不可能成为先占制度的适用对象。更为重要的是,在将来立法(如《民法典》)中规定先占制度的情况下,可改变将无主物动辄就归属于国家所有的做法,更可避免政府在无主物场合“与民争利”的现象。

## 四、国家所有权的性质问题

### (一) 国家所有权中的“国家”与“主权国家”不能混同

国家在法学上兼具国际法和国内法双重意义,但无论是从国际法还是从国内法的角度,都不能将自然资源国家所有权与国家主权性权力等同。如肖国兴教授所言,“经常有人将国家自然资源永久主权与国家自然资源所有权混同”。<sup>[68]</sup>斯塔克也指出,国家主权“这个概念与私法上的所有权观念,有某些相似之处,事实上早期国际法学家在对待国家领土主权的问题上,采用了许多民法的原则。直到今天,这种影响依然存在,尤其是关于领土的取得和丧失原则,民法的影响仍然清晰可见”。<sup>[69]</sup>

自然资源主权对应的是国际法意义上的国家。这里的国家指国民在其国土内的政治组织形式,是“生活在地球表面的确定部分、在法律上组织起来并具有自己政府的人的联合”。<sup>[70]</sup>国家对自然资源的永久主权是一国经济独立、领土完整及与其他国家平等交往的条件。在国际法上,国家概念强调国家作为国际人格者所具有的特征。<sup>[71]</sup>或者更精确地说,国家是指“持久地占有一处领土的人民、并且由共同的法律或者习惯束缚在一起成为一个政治上的实体,通过组织起来的政

[66] 参见前注[62],周辉斌文,第21页。

[67] 在《物权法》制定过程中,有学者担心先占制度可能为国有资产流失提供机会。例如,将国有资产剥离,形成产权不明的状态,在无法证明产权的情况下,通过先占制度导致国有资产的流失。参见朱岩、高圣平、陈鑫:《中国物权法评注》,北京大学出版社2007年版,第89~91页。

[68] 肖国兴、肖乾刚:《自然资源法》,法律出版社1999年版,第70页。

[69] [英]J. G. 斯塔克:《国际法导论》,赵维田译,法律出版社1987年版,第109页。

[70] 北京社会与科技发展研究所:《牛津法律大辞典》,光明日报出版社1988年版,第851页。

[71] 参见王铁崖:《国际法》,法律出版社1995年版,第65页。

府为媒介,行使统治领土范围内所有的人和事务、与地球上的其他团体社会宣战、缔结和约和加入国际组织的独立的主权”。<sup>〔72〕</sup> 国家在国际法上包含三个必要因素:领土、居民与主权。这一意义上的国家,也被称为抽象意义的国家。国际法上的人民,只是国家这一法律概念的组成因素之一,此时的国家尚包括其主权和领土。在国际法律实践中所讨论的国家权力是指“主权”,而非“所有权”。国家与国家之间涉及法律争议,一般都是主权争议,所以国际法上言及国家权力基本上都是指主权。另外,自然资源国家所有权与自然资源主权的义务主体也并不相同。国家主权是一国对外最高的法律权力与权威,义务主体仅限于本国之外的其他国家,而不针对一国之内的公民等非国家主体。自然资源所有权作为具有对世性支配权的一种,它指向权利人之外的其他任何义务主体。

## (二) 国家所有权之公法所有权说

将国家所有权认定为公法上的所有权的学说源自法国。国家财产在法国分为公产和私产。《法国民法典》第 543 条规定了公产制度,将不属于个人并由国家负责的财产认定为公产。<sup>〔73〕</sup> 有关公产所有权的性质主要有两种观点:一种以民法上所有权为基础,认为公产所有权就是民法所有权,只是由于公共使用的缘故,受到行政法上很多限制,在公共使用范围内排除私法的适用;另一种以行政法为基础,认为公产所有权为公法上的所有权,主张公法所有权是和私法上的所有权不同的另一种形式的所有权,这种所有权观念来自民法,但已经过公法改造,使它具有公共使用因素,成为行政法上的公法所有权。<sup>〔74〕</sup> 有学者认为,《物权法》中国家所有权中的国家为公法意义上的国家,其作为所有权主体不符合民法基本法理。依据民法基本法理,物权法上的所有权主体必须具体、实际,特定并具有私法上的人格。而“国家”一词不仅兼具政治意义和法律意义,不同场合的“国家”含义也不同。<sup>〔75〕</sup>

反对国家所有权之公法所有权说者认为,国家作为政权主体和作为财产主体的身份是可以且必须分开的。国家所有权的内容在性质上主要是私法上的财产权。至于在国家所有权中的某些行政权内容,包括国家对以国有生产资料为基础所生产出来的产品的调拨权、定价权等,应视为由国家所有权中的处分权所派生出来的权利。国家向全民所有制企业收取利润的权利,可视为由国家所有权中的收益权所产生的权利。<sup>〔76〕</sup>

## (三) 国家所有权之公权力说

该学说主张,国家所有权本质上不是以意思自治为基础的私权,而是以国家强制为基础的公权或国家权力,是一种名为所有权的国家权力。国家所有权仅是披着私权外衣的所有权,本质属于国家公权。国家既不可能对投入国企的财产享有所有权,也不可能对国企本身享有所有权。实际上,国家所有权乃是国家通过行使立法权和行政权而享有的对于国企的控制权和剩余(价值)索取权,是一种经济公法领域中的公权力。<sup>〔77〕</sup> 国家所有权不完全具备商品经济条件下财产所有权所固有的排他性、依存性和扩张性,它因此不是或至少不完全是法律上的民事权利,其性质更接近于

〔72〕 Communities of the Globe, *Black's Law Dictionary* (Fifth Edition)(St. Paul, Minn.: West Publishing Co. Press, 1979), p. 1262.

〔73〕 参见《法国民法典(上册)》,罗结珍译,法律出版社 2005 年版,第 451 页。

〔74〕 参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社 1988 年版,第 315 页。

〔75〕 参见李康宁、王秀英:《国家所有权法理解析》,载《宁夏社会科学》2005 年第 4 期,第 14 页。

〔76〕 参见前注〔32〕,王利明文,第 34~35 页。

〔77〕 参见崔拴林:《国家所有权性质问题研究——针对国有资本的分析》,载《河北法学》2008 年第 9 期,第 40 页。

行政权力。<sup>〔78〕</sup>

#### （四）国家所有权之私权说

该学说认为,无论所有权主体为国家、集体还是个人,所有权的性质均是相同的,即民法上的所有权。国家除作为公权执掌者外,还可以私法人格参与社会经济生活。国家双重法律人格的混同,造成了对国家所有权性质的误解,故应区分国家的公法人格与私法人格,在行政体制外分离国家所有权与行政权,使国家所有权的行使成为非行政性的经济行为,从而还原国家所有权的私权性质。<sup>〔79〕</sup>即使对依据所有制标准将所有权区分为国家所有权、集体所有权和个人所有权持反对立场的学者也认为国家所有权为民法上所有权。<sup>〔80〕</sup>江平教授认为,国家所有权是指国家以民事主体的身份对国有财产享有的所有权。<sup>〔81〕</sup>肖乾刚教授认为,自然资源所有权首先是通过一国宪法与民法进行制度安排的,这表明自然资源所有权制度与民法物权制度并无不同,民法有关物权制度的理论在自然资源所有权的研究中也完全适用。将自然资源所有权与民法物权对立起来,并不能突出自然资源所有权的地位与作用。<sup>〔82〕</sup>鲍尔和施蒂尔纳就将属于自然资源之一的森林资源的所有权定性为民法上的所有权。所有权人无论是国家、其他公法团体或私人,均不影响所有权之私法性质。<sup>〔83〕</sup>国家只是民事意义上的物的所有人,进而国家所有权不能因为其主体上的特殊性而享有特殊保护。<sup>〔84〕</sup>

该学说的最大优点在于指出了国家所有权本质上是民事权利,行使国家所有权应当遵循民事权利行使的一般规则,不能通过行政权力行使国家所有权,更不能以行政权的行使来代替国家所有权的行使,国家所有权的行使因此应当区分行政权与国家所有权。通过行政权与国家所有权的区分,促使行政权与所有权主体适当分离,使国家所有权与行政权在国家经济生活中达到最佳配置。<sup>〔85〕</sup>

#### （五）国家所有权之特别私权说

该观点认为,国家所有权为一种特别私权。这种特别性体现在,国家在市场活动中将公法人和私法人的人格汇聚一体。<sup>〔86〕</sup>国家作为公共权益的维护者,在行政活动中以公共权力拥有者的面貌出现在公民面前,但国家同样具有成为权利主体的可能性和必要性。在平权型的法律关系中,国家是享有一定权利的主体,但这种权利又不同于私人享有的纯粹的私权利,由于涉及大多数人的公共利益,毋宁说它是一种公权利或“特别私权”。它既不同于完全的私权,也不是纯粹的公权力。在市场经济中,政府常常有着两张面孔,即,公法法人和私权利拥有者。只不过这个“私”权利是比较众多的个人私权利的集合体,它既要保证管理的财产增值,又要兼顾公共利益的保护。私权传统是保护私人利益和权利推定,即法不禁止为有权。而国家行政主体则不能按照权利推定的

〔78〕 参见陈旭琴:《论国家所有权的法律性质》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2001年第2期,第97页。

〔79〕 参见王利明:《论国家作为民事主体》,载《法学研究》1991年第1期,第59~66页。

〔80〕 参见梁慧星:《中国物权法草案建议稿》,社会科学文献出版社2000年版,第212页。

〔81〕 参见江平主编:《物权法》,法律出版社2009年版,第125页;江平主编:《物权法教程》,中国政法大学出版社2011年版,第157页。

〔82〕 参见肖乾刚主编:《自然资源法》,法律出版社1992年版,第67页。

〔83〕 参见[德]鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法(上册)》,张双根译,法律出版社2004年版,第610页。

〔84〕 参见马新彦主编:《物权法》,科学出版社2007年版,第88页。

〔85〕 参见刘应民:《论国家所有权的行使》,载《武汉大学学报(社会科学版)》2003年第5期,第586页。

〔86〕 参见罗世荣、何磊:《论国家所有权的特别私权性——兼谈〈物权法〉对国有资产的立法保护完善》,载《社会科学战线》2006年第5期,第238页。

原则来享有权利,它必须经过有权机关的严格审查和法律的授权,行使的目的也是为了公共利益的需要。从法律基础和形态上看,国家所有权兼具私权的性质及公共权力的特征,是一种特别的私权。

明确国家所有权的特别私权性与权利的平等保护同样重要,这对我国国有资产的法律保护也具有重要的理论意义。该观点主张,针对当前尚无统一的国家所有权的代理机构的状况,除在民法体系中建立起国家的私法人格制度,保留物权法对国家所有权的原则性规定外,应当尽快出台《国有资产法》,明确国有资产监督管理委员会的法律性质和行政职责,并考虑在人大常委会内设立专门的国有资产委员会,作为代表全民利益的、超越行政部门利益的国有资产所有权处置最高机构,定期进行审议,由其对国有资产行使统摄性监督、管理工作,合理、全面地解决公、私权利的调和问题。<sup>〔87〕</sup>

#### (六) 国家所有权之公共所有权说

该学说认为,国家所有权本质上不是以个人意思自治和契约自由为基础的私权,而是以国家强制为基础、以政治程序为运行机制的公共权力。<sup>〔88〕</sup>国家所有权首先是一种国家通过公共权力分配权益和风险的国家机制,而个人所有权不需要这种机制。有学者认为,规范意义的所有权谱系应当包括私人所有权和公共所有权并形成二元并立,公共所有权在我国包括国家所有权和集体所有权。<sup>〔89〕</sup>有学者认为,国家所有权的历史经历了“罗马共和时期的公共所有权”“中世纪欧洲的国家领主所有权与私人所有权的混沌”及“近代民主政治国家向公共所有权的回归”三个阶段。公共所有权和私人所有权是在罗马法中就已经存在的所有权基本样态。我国的国家所有权应该属于公共所有权,属于民法所有权的一种。对公共所有权不能简单套用私人所有权的逻辑和结构,更不能认为由于公共所有权与私人所有权存在差别,就否认公共所有权是所有权的类型之一。<sup>〔90〕</sup>有学者认为,民法意义上的国家应当理解为中央政府。中央政府作为公法法人可以依法享有私法上的公共财产所有权。<sup>〔91〕</sup>

国家所有权之公共所有权说指明国家所有权所具有的公共性。对比国家所有权与私人所有权就会发现,这两种所有权的目的是存在根本差异。前者为实现公共利益而存在,后者则是实现私人利益的法律手段。只有在二元化的所有权观念下,国家所有权的性质才能得到正确认识,并与私人所有权在对立中并存。民法保护私人所有权是对私人财富的尊重,而保护国家所有权则是对属于全体人民财富的尊重。<sup>〔92〕</sup>

#### (七) 小结:国家所有权性质研究现状的简要评析

1. 不能将国家所有权中的“国家”与自然资源国家主权中的“主权国家”相等同。首先,二者的权利内涵不同。自然资源主权是一国经济和社会发展的自决权,它决定着一国政治与经济的独立。自然资源所有权则是通过法律对本国自然资源支配进行制度安排的财产法权利,是一国完全和充分行使自然资源永久主权的結果。其次,二者的权利主体不尽一致。前者为国家和政府专

〔87〕 参见前注〔86〕,罗世荣、何磊文,第236~240页。

〔88〕 参见王军:《国企改革与国家所有权神话》,载《中外法学》2005年第3期,第361页。

〔89〕 参见程淑娟:《确信与限制——国家所有权主体的法哲学思考》,载《河北法学》2009年第5期,第37~41页。

〔90〕 参见程淑娟:《论我国国家所有权的性质——以所有权观念的二元化区分为视角》,载《法律科学》2009年第1期,第73~81页;见前注〔89〕,程淑娟文,第37~41页。

〔91〕 参见李康宁、王秀英:《国家所有权法理解析》,载《宁夏社会科学》2005年第4期,第15页。

〔92〕 参见程淑娟:《论我国国家所有权的性质——以所有权观念的二元化区分为视角》,载《法律科学》2009年第1期,第80~81页。



有,权利标的是一国政治和经济的独立与领土完整;后者的权利主体却可以是国家和政府,也可以是私人,主体为何仅从属于法律制度的安排。第三,国际法意义上的“国家”,法学上称之为“抽象国家”;而民法意义上的财产所有权制度,必须遵守主体特定和客体特定的原则,从民法基本的法律关系原理出发,法律关系的主体必须明确肯定。

应当说,之所以出现关于国家所有权性质的争论,一个重要的原因在于,国家作为所有权的主体兼具民事主体与主权国家的双重属性。长期以来,我们并没有对自然资源所有权的行使进行合理的定位,把国家作为自然资源管理者的主权权力与国家作为自然资源所有人的财产权利混为一体,把权力的行使作为自然资源国家所有权的实现方式,使自然资源所有权成为行政权的附庸,以至于自然资源管理和所有权的实现都没有达到预期的效果。从国家可以成为私法主体的角色来看,自然资源国家所有权完全具有作为私法上所有权的可能性。国家作为自然资源所有权的权利主体并不能否定自然资源国家所有权作为私法上所有权的理由。如凯尔森所言,民法典规范可同等地适用于私人与国家。有关国家的这些权利和义务的争端,通常就用解决私人间争端的那种方式加以处理。一个法律关系以国家为其当事人一方的事实,并不一定要将国家从私法领域中移出。<sup>[93]</sup>

2. “国家所有权之公法所有权说”需要澄清的问题体现在:(1)将国家所有权纳入公法所有权之后,国家作为政权的主体和作为财产的主体如何进行区分?(2)公法所有权与私法所有权在权利主体、客体及权利内容方面究竟有何不同?公法所有权作为独立于私法所有权之外的另一种所有权形式的独特性体现在何处?(3)公法所有权是否可以适用私法所有权规则?若可适用,私法所有权之外另生新枝并谓之公法所有权的独特意义何在?若不可以适用,公法所有权又需要适用何种规则?

3. 若将国家所有权定性为一种公权力,则以下诘责无法绕开:(1)公权力性质的自然资源国家所有权之上如何派生出属于私权范畴的自然资源用益物权?毕竟,公权力并不具有民法上自然资源国家所有权所应具有的占有、使用、收益及处分权能,也无法将其“遗传”或“派生”给自然资源用益物权(如《物权法》第123条中的取水权、采矿权及海域使用权等)。循此,若自然资源用益物权缺乏自然资源国家所有权这一母权基础,必将导致构建合理的自然资源用益物权配置制度成为泡影,根本无法实现运用法律手段应对自然资源危机的目的。<sup>[94]</sup>(2)公权力性质的国有财产(如国有企业)如何平等地参与到市场经济交易中去?《物权法》规定“国家实行社会主义市场经济,保障一切市场主体的平等法律地位和发展权利”(第3条第3款)所确立的物权平等原则如何具体体现及有效实现?质言之,公权力性质的国家所有权与私权性质的私人所有权真正能实现平等吗?

4. “国家所有权之私权说”在一定程度上可以回答“国家所有权之公权力说”所面临的诘问:私权性质的自然资源国家所有权之上可以派生出自然资源用益物权;私权性质的国有财产(如国有企业)也能够平等地参与到市场经济交易中去。然而,国家所有权之私权说同样需要解决以下问题:(1)私权性质的自然资源国家所有权与自然资源全民所有、宪法上自然资源国家所有权是否等同?(2)“国家所有权”体现为宪法条款(《宪法》第9条)与物权法条款(《物权法》第46条)之时,二者的法律属性是否相同?若相同,为何又要分别规范?若不同,区别又体现在何处?(3)自然资源用益物权与自然资源全民所有、宪法上自然资源国家所有权、民法上自然资源国家所有权之间的关系如何?(4)私权性质的国家所有权之上,如何体现国家所有权背后所负载利益的全民性?全民意志如何作用于具有私权性质之国家所有权的行使?

[93] 参见[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第227页。

[94] 参见单平基:《论我国水资源的国家所有权客体属性及其实践功能》,载《法律科学》2014年第1期,第69页。

5. “国家所有权之特别私权说”的目的在于试图呈现“国家所有权带有私权性质的同时,又具有公共权力”的特征,进而彰显国家所有权性质的多样性。然而,该学说针对国家所有权作为“特别私权”较之“普通私权”的“特别性”体现在何处却未交待清楚,非但未使国家所有权的性质清晰易解,反而易致对这一问题的理解更加困难。简言之,该学说的最大弊病在于并未指出“特别私权”在权利主体、客体及权利内容上的特别之处。另外,该学说也未能提供既能实现“平权型法律关系”中之私权保护,又能兼顾公共利益的规则适用路径。

6. “国家所有权之公共所有权说”指明了在一定情形之下国家所有权所具有的公共性,即与作为单纯实现私人利益法律手段的所有权不同,国家所有权具有负载利益的公共性特征。该学说的缺陷体现在:(1)将国家所有权界定为公共所有权之后,又将公共所有权与私人所有权并列作为民法所有权之类型的作法令人费解。试问:其一,私人所有权与民法所有权的区别何在?二者是否具有包含关系?其二,倘若公共所有权本属于民法所有权的范畴,那么,将国家所有权界定为公共所有权又有何实际意义?(2)作为公共所有权的国家所有权在主体、客体、权利内容及规则适用上与私人所有权有何不同?(3)与“国家所有权之公权力说”遇到的问题类似,公共所有权性质的自然资源国家所有权之上如何派生出属于私权范畴的自然资源用益物权?这些问题均需要在理论上给出回答。

## 五、国家所有权的行使及规制问题

### (一) 观点一:运用物权法思维思考国家所有权问题

学者主张将对国家所有权的研究回归到法律思维,尤其是物权法思维中来。我国的国家所有权制度基本上是在高度政治性目标的基础上建立起来的,从这一制度建立之初,决策者就很少考虑到法律科学性的要求,尤其是没有考虑到民商法关于物权法的基本原理的运用。国家财产所有权制度的高度政治化、神秘化,反过来又妨害了人们对它予以科学化的研究,更妨害了人们依据民法原理纠正其缺陷,对其进行真正的完善和改造。<sup>[95]</sup>

物权法确实不可能解决国家所有权的所有法律问题,哪些内容应纳入物权法,哪些应放在未来的国有资产管理法中要预先策划好。<sup>[96]</sup> 应把能体现私法性质的内容(诸如国家所有权与其他所有权的平等地位、国家所有权的主体、客体、取得、消灭和保护)放在物权法中予以规定。此外,由于传统民法中“物”和“财产”的外延区分,国家所有权的客体只能是物,而不是财产。对于那些在理论上不属于物权的客体、但属于国家财产的,如国有股份,可以在规定物权的客体时作为例外规定,从而既能以物权法保护国有财产,也能避免物权法的概念冲突。

### (二) 观点二:运用公产、公用物理论规制国家所有权的行使及保障全民利益的实现

有学者主张运用公产理论规制国家所有权的行使及保障全民利益的实现,认为应在物权法对“国家所有即全民所有”的归属性规定后增补“国家应保障国有财产为社会全体公众或合法主体公平、有效使用”的解释性规定。<sup>[97]</sup> 国家公产的典型形式为公用物(公众用公产),公用物不得作为交

[95] 参见前注[2],孙宪忠文,第57页。

[96] 参见余能斌、程淑娟:《经济转型时期物权立法的一面镜子——以俄罗斯的国家所有权立法为鉴》,载《现代法学》2006年第5期,第179~180页。

[97] 参见张力:《国家所有权的异化及其矫正——所有权平等保护的前提性思考》,载《河北法学》2010年第1期,第92页。

易与时效取得的客体,公用物国家所有权包含三项特殊权能(义务):(1)维持公用秩序,防止社会成员恃强凌弱而形成少数人对公用物的事实支配地位;(2)营建公用物与维持其物理上的适用状态;(3)维持公用物在法律上的公用状态,这不仅是指将公用物平等地向社会公众开放,还指所有人不得以营利目的、经济手段抬高公众使用成本,对社会弱势群体变相阻隔用益关系。所有人对公用物的收益权能(收费权)应仅限于补偿营建、再营建同类设施与维持功能之用。公用物所有权必须摒弃自由主义的私人所有权理念中惟利是图的特性。<sup>[98]</sup>学者因此建议在物权立法中保留公用物概念,坚持公用物国家所有权之形式私权的技术属性,探讨国家所有权与其他所有权类型在形式平等之下的自身特质,提供关于国有资产的民法调整与公法调整方法的联合的制度契机。<sup>[99]</sup>

### (三) 观点三:国有财产实行区分行使原则

该观点将国有财产分为不同类型并进行区分行使。屈茂辉教授将国有财产分为权力性财产、经营性财产及事业性财产。对于权力性财产,国家所有权的行使者只能依据其法定职能对其占有、使用,不能将这些财产进行投资或出租,也不能取得该财产的收益,如果这些财产折旧后需要处分也必须得到明确的法律授权。对于经营性财产,国家财产所有权的行使者依法将这些财产投入企业,将对财产的具体占有、使用、收益和处分权能移转给企业,自己只享有出资人权利,即投资以后发生所有权与出资人权利的转换。对于事业性财产,国家财产所有权的行使者则可根据事业目的设立法人组织,将财产的具体占有、使用、收益和处分权能移转给学校等事业单位法人,而其作为事业单位法人的设立人只享有剩余索取权。<sup>[100]</sup>有学者主张对国家所有权按其客体之目的、用途等的差异,将国有财产区分为公用性财产、营利性财产和资源性财产,从而分别规制。<sup>[101]</sup>另有学者依据国家所有权客体的用途将其分为经营性国有财产和非经营性国有财产。非经营性国有财产又分为公有物和公用物:以公务为目的的国有财产称为公有物,指国家机关为履行公务活动而占有、使用的国有财产,包括国家机关的建筑物、车辆、办公用品、预算内经费等。以公众使用为目的的国有财产称为公用物,系国家所有但一般公众均可依法使用的财产,如公用图书馆、公共道路、公园等。<sup>[102]</sup>

### (四) 观点四:专设专门机构行使国家所有权

该观点主张,按照区分国家双重法律人格的理念,遵循“政资分离”原则,国家的社会经济宏观调控职能必须与国有财产的所有者权能相区分,代表国家行使所有权的组织专司国有财产所有者的职能,不得兼行其他行政管理职能。市场经济发达国家对国有财产的管理体制虽然不尽相同,但多由具体的某一专门机构统一行使国有财产所有者职能,譬如,意大利早年的国家参与部——现在的国库部、新加坡内阁中的董事任命委员会等。代表国家行使所有权的专门性组织,则直接经营管理国有财产,参与市场经济的运行,负责考察投资环境、选择投资领域和选任企业管理者等,实现对国有财产的利用。如此,既可有效避免重复建设、国有财产的浪费,又可以集中国家财力发展重点项目,创建科学合理的产业结构布局,提高国有财产运营的经济效益,避免国家所有权

[98] 参见张力:《论国家所有权理论与实践的当代出路——基于公产与私产的区分》,载《浙江社会科学》2009年第12期,第32页。

[99] 参见张力:《论公用物国家所有权的“形式私权”属性——以私权的“实质”与“形式”之二元划分为线索》,载《西南民族大学学报(人文社科版)》2006年第12期,第99~103页。

[100] 参见屈茂辉、刘敏:《国家所有权行使的理论逻辑》,载《北方法学》2011年第1期,第23页。

[101] 参见黄军、李琛:《国家所有权的分类立法分析》,载《理论月刊》2005年第5期,第106~108页;黄军:《国家所有权的行使原则》,载《中南民族大学学报(人文社会科学版)》2007年第2期,第87~88页。

[102] 参见孟勤国、张里安主编:《物权法》,湖南大学出版社2006年版,第96页。

的落空。<sup>〔103〕</sup> 另有学者建议在人大常委会内设立专门的国有资产委员会,作为代表全民利益、超越行政部门利益的国有资产所有权处置最高机构,定期进行审议,由其对国有资产行使统摄性监督、管理工作,合理、全面地解决公、私权利的调和问题。<sup>〔104〕</sup>

#### (五) 观点五:注重国家所有权中全民利益的保护

国家代表全民行使所有权的过程中,应当充分反映全体人民的意志和利益。<sup>〔105〕</sup> 土地使用权的出让,矿藏、水流等自然资源的许可使用,应当坚持公开、公平、公正的原则。全国各级人大对政府机关代表国家行使财产所有权的行为,有依法进行监督的权力。如果不严格代表国家行使财产所有权的政府机关的社会性义务,不赋予人大对政府机关行使国家财产所有权的行为进行监督的权力,让主管官员任意以政府机关的名义或国家的名义处置国家财产(即全民财产),全民所有制就有蜕变为官僚所有制的危险。<sup>〔106〕</sup>

国家所有权的改革是一个系统工程,既应有利于国家所有人地位的巩固与加强,也应有利于国有财产的充分有效利用,更应有利于社会公众福祉的增进。对于国家所有权制度,一边是连篇累牍的诗歌一般的高唱赞歌,一边是源源不断的难以杜绝的资产被侵害和流失,中国国有资产的所有权制度,到底出现了什么问题?为什么在政治上无比神圣的国有资产,实际上却成了最容易获取的唐僧肉?<sup>〔107〕</sup> 针对全民利益的保护问题,学者提出了多种方案。这至少体现为:

其一,运用公益诉讼保护国家所有权及公众参与权。当前国家所有权制度的一个严重缺陷就是在它受侵害时,全民中的个体成员无权请求司法救济。<sup>〔108〕</sup> 颜运秋教授主张通过公益诉讼保护国家所有权,任何组织和个人根据法律授权,就侵犯国家利益、社会公益的行为均可提起诉讼,进而形成保护和救济国家所有权的一种新途径。<sup>〔109〕</sup> 另有学者认为,应强化国家所有权的保护措施,有条件地赋予检察机关、工会和职工对侵害国有财产行为的起诉权。<sup>〔110〕</sup>

其二,将公产理论运用到全民利益保护中来。张力教授主张在《物权法》上建立国家公产、“国库企业法人”制度,以公产制度为核心来实现国有财产利益的社会公平分享。<sup>〔111〕</sup> 针对国家所有权理论当前面临的质疑,可考虑国家财产之“公产”与“私产”的既有分类,予以二者不同的权利能力与权能。结合我国法律传统,在延续国家财产民法整体调整传统方法的前提下,围绕实现公共利益的根本目标,回应公共财产客体功能的特殊性及由此产生的法律调整方法特殊性要求,吸收与改造大陆法国家“公产”与“私产”二分体制,构建公共所有权向私人所有权循序过渡的类型序列。<sup>〔112〕</sup>

其三,依据国家所有权的不同客体进行分类立法。有学者主张对国家所有权按其客体之目

〔103〕 参见黄军:《国家所有权行使的现状与展望》,载《理论月刊》2007年第9期,第51页。

〔104〕 参见罗世荣、何磊:《论国家所有权的特别私权性——兼谈〈物权法〉对国有资产的立法保护完善》,载《社会科学战线》2006年第5期,第236~240页。

〔105〕 参见王利明、尹飞、程啸:《中国物权法教程》,人民法院出版社2007年版,第172页。

〔106〕 参见李开国、刘云生、章礼强:《国家所有权和集体所有权立法新建议》,载《湖北民族学院学报(哲学社会科学版)》2003年第3期,第18页。

〔107〕 参见前注〔2〕,孙宪忠文,第57页。

〔108〕 参见王军:《国家所有权的法律神话》,中国政法大学博士学位论文,2003年。

〔109〕 参见颜运秋:《公益诉讼:国家所有权保护和救济的新途径》,载《环球法律评论》2008年第3期,第32~41页。

〔110〕 参见赵万一:《论国家所有权在物权法中的特殊地位》,载《河南省政法管理干部学院学报》2007年第1期,第99~106页。

〔111〕 参见前注〔97〕,张力文,第92~94页。

〔112〕 参见前注〔98〕,张力文,第25页。

的、用途的差异,区分设置不同的法律规则予以调整,将国有财产区分为公用性财产、营利性财产和资源性财产,从而分别规制。<sup>[113]</sup> 王利明教授认为,公用财产不能作为商品出售,不能由个人享有所有权。国有营利性财产则可以作为商品所有权,由国家依法做出处分。<sup>[114]</sup>

(六) 小结:有关国家所有权的行使及规制研究现状的简要评析

1. 运用物权法思维思考国家所有权亟需回答以下问题:(1)国有财产的占有、使用、收益、处分的权利到底应该由谁行使?如何行使?行使过程中需要考量何种因素以期最大程度地实现国家所有权所负载的全民利益?(2)《物权法》规范对这些物品的支配秩序应如何建立?(3)如何从《物权法》视角防止国有资产流失?毕竟,对任何权利行使的规制都不能脱离法治轨道。<sup>[115]</sup>若所有权的支配秩序不明确,在其受到侵害之时,就没有一个主体能够提起排除妨害、保护财产的诉讼。这是国有财产最易受到侵害的关键所在。

2. 运用公产、公用物理论规制国家所有权的行使必须明确以下逻辑性前提:(1)公产、公用物的内涵究竟为何?二者与共用物、公物、公有物、公共用物等非私人所有物类型有无区别?<sup>[116]</sup>在不能明确公产、公用物自身内涵的情况下,无法依此对国家所有权的行使进行规制。(2)公产、公用物等此类非私人所有物是否可适用私法规则?这种规则适用与私人所有物有何不同?在学界对公产、公用物尚缺乏系统性的理论研究及具体、清晰的适用规则的情况下,运用其对国家所有权进行规制就必然缺少理论及规范性基础。

3. 主张运用国有财产区分行使原则规制国家所有权行使的观点必然要回答以下诘问:依据何种标准将国有财产区分为“权力性财产、经营性财产及事业性财产”,或将其划分为“公用性财产、营利性财产和资源性财产”?国有财产是否可以绝对性地与这种分类相对应?事实情况是,与将国有财产严格性地划分为“权力性财产、经营性财产及事业性财产”不同,国家对有些财产虽可进行经营,但该财产上往往也负担着公共性目的,而负载着公共用途的国有财产也并非绝对性地不可进行交易。将国有财产划分为“公用性财产、营利性财产和资源性财产”的分类也存在着同样的问题:资源性财产既可具有公共目的性(如水资源),也可能具有营利性(如矿产资源)。

4. 针对设专门机构行使国家所有权的观点,无论是建议设立“代表国家行使所有权的专门性组织”,还是建议“在人大常委会内设立专门的国有资产委员会”,都必须回答:《宪法》以及《物权法》是否其他主体行使国家所有权留下了可能?设立专门机构代表全民行使国家所有权实际上已不再是单纯民法所能解决的问题,必须在《宪法》层面找到规范性依据。另外,《物权法》第45条第2款规定:“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。”按照解释论,该款的后半部分是否至少是承认统一、唯一的主体之外,还有其他主体的存在?专门机构的设立程序如何?所专设的专门机构是否真的能够超越行政部门利益以代表全民利益?这些问题均有待理论澄清,也需要接受实践检视。

5. 国家所有权中的全民利益保护是一项重要的法学课题。这至少体现在:(1)在国家所有权中的全民利益保护问题上,如何在所有权制度乃至物权制度中界定“全民”这一主体?“全民”是否是一个法律概念,进而成为法律主体或民法主体?(2)对全民利益的保护如何在物权法乃至民法

[113] 参见前注[101],黄军、李琛文,第106~108页;前注[101],黄军文,第87~88页。

[114] 参见前注[25],王利明书,第292页。

[115] 参见单平基:《从强制缔约看“打车软件”的法律规制》,载《法学》2014年第8期,第143页。

[116] 关于公产、公用物与共用物、公物、公有物、公共用物等非私人所有物类型的区别,参见前注[94],单平基文,第68~79页。

制度中体现?(3)国家所有权如何既凭借其所具有的私权属性以参与市场交易,又呈现其所应具有的全民利益性?(4)如何对国家所有权进行规制,以真正实现国家所有权所负载之全民利益的保护?这些问题都需要进行更为深入的研究。毕竟,国家所有权背后所负载的就是全民利益。

## 六、国家所有权争点例举——自然资源国家所有权问题

为避免政府在自然资源之上借国家所有权与民争利,学界对自然资源国家所有权论争不断。学者主要提出了“双阶构造说”“公权说”“国家所有制说”“三层结构说”及“权利层次说”等观点。<sup>[117]</sup>

### (一) 自然资源国家所有权“双阶构造说”

税兵教授认为,自然资源国家所有权蕴含着宪法所有权与民法所有权的双阶构造,纯粹私权说与纯粹公权说均难谓恰当。就自然资源使用的法律调整机制而言,应回归公物与私物二元区分的大陆法传统,并对“非对物采掘类”与“对物采掘类”自然资源作类型化处理,由此形成不同的规范配置。<sup>[118]</sup>

### (二) 自然资源国家所有权“公权说”

巩固副教授采自然资源国家所有权“公权说”,认为自然资源国家所有权在主体、客体、内容、行使、救济与责任等方面都与物权存在本质差异,其并非处理平等主体间财产关系、以确立特定主体对特定物的“直接支配”为内容的民法物权,而是划分国家与个人界限,为“全民”意义上的抽象国家以立法和行政手段“间接干预”资源利用提供合法依据的宪法公权。<sup>[119]</sup> 还有学者对野生动物资源的尸体(如鲸肉)如何保护进行了论证,认为设定在公共自然资源之上的所有权实质上是一种公法上的所有权,而非私法所有权。<sup>[120]</sup>

有学者还指出自然资源国家所有权属于行政权力范畴。自然资源国家所有权是公法意义上的权力,更多体现的是国家主权对自然资源权属构成的决定性,体现了我国作为公有制国家对国内事务的最高权力,对国内资源的绝对支配权。对于水资源国家所有权而言,政府代表国家行使水资源的所有权,更多地表现为政府对于水资源的管理行为,水资源利用权的产生、变更、终止均与政府行为有关,因此,水资源国家所有权就法律性质而论,不是或不完全是民法意义上的所有权,它更多地表现为国家的一种行政权力。<sup>[121]</sup>

### (三) 自然资源国家所有权“国家所有制说”

徐祥民教授主张自然资源国家所有制说,认为自然资源归国家所有是国家财产制的组成部分,是现代宪法创设的用以实现国家目的的手段,其基本特征是国家垄断,其基本工具价值是垄断。以权利观审视自然资源国家所有权,它具有主体的唯一性和权利的专有权、不可变更性和价值优先性等特点。宪法上的自然资源国家所有权的实质是国家权力,是管理权,而非自由财产

[117] 为此,《法学研究》编辑部于2013年5月12日举办了“自然资源国家所有权理论研讨会”,以为促进宪法与民法在具体问题上的对话搭建平台,并于《法学研究》2013年第4期开设专栏讨论该问题。参见《法学研究》2013年第4期的“自然资源国家所有权专题研究”。

[118] 参见税兵:《自然资源国家所有权双阶构造说》,载《法学研究》2013年第4期,第4~18页。

[119] 参见巩固:《自然资源国家所有权公权说》,载《法学研究》2013年第4期,第19~34页。

[120] 参见陈仪:《保护野生动物抑或保护国家所有权》,载《法学》2012年第6期,第89~97页。

[121] 参见陈旭琴:《论国家所有权的法律性质》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2001年第2期,第97~103页。

权。<sup>〔122〕</sup> 我国民法上的国家所有权、集体所有权和私人所有权实质上就是不同所有制在民法上的表现形式。<sup>〔123〕</sup>

在大陆法系传统的物权法中,确实不存在根据所有制性质划分所有权类别的做法。这种理论和立法始于苏联。苏联法学工作者认为,按照所有制形式划分所有权在社会主义国家具有十分重要的意义。因为这种分类方式强调了公有制的神圣地位,强调把国家、集体、个人财产权利明确区分并给予不同的地位与保护,尤其对国家财产要给予优先保护的特殊地位。这种理论认为,社会主义国家的国家所有权只有国家一个主体,并且只能由国家统一行使所有权。这一观点甚至一度成为社会主义国家的一项法律原则。<sup>〔124〕</sup>

#### (四) 自然资源国家所有权“三层结构说”

王涌教授对自然资源国家所有权的性质主张“三层结构说”,认为宪法上规定的自然资源国家所有权不是专属于公法的所有权概念。它包含三层结构:第一层结构是私法权能。在这一层面上,它与物权法上的所有权无异。第二层结构是公法权能。其主要包括国家对于自然资源的立法权、管理权和收益分配权。第三层结构是宪法义务。国家应当为全体人民的利益行使其私法权能和公法权能。<sup>〔125〕</sup>

#### (五) 自然资源“权利层次说”

在我国自然资源之上一般存在四个权利层次:一是宪法意义上的国家所有权,二是民法意义上的国家所有权,三是民法中的用益物权,四是在特定情况下资源产品上的物权。<sup>〔126〕</sup> 彭诚信教授等对水资源国家所有权的性质进行了论证,提出了水资源之上权利层次性。水资源全民所有并非民法上的共有及合有,而是类似于总有。作为非法权概念的水资源全民所有需要过渡到宪法上国家所有权以获得法律保护,宪法上国家所有权则需要进一步转化为民法上国家所有权才能使水资源作为民法上所有权的客体。伴随着主权国家向国家法人的主体转化,水资源国家所有权的性质亦实现了转变。这为在其上设置用益物权性质的水权提供了可能,从而保障了水资源效用的最大发挥。<sup>〔127〕</sup>

崔建远教授也认为存在宪法上所有权与民法上所有权的区分,认为民法上自然资源所有权是对宪法上自然资源所有权在制度和权利上的细化,并指出宪法上的自然资源国家所有权与民法上的自然资源所有权在核心区域应当具有相同的因素,两者互不排斥,但在外形方面,前者比后者宽泛、丰富。完全符合民法上的自然资源所有权规格的,固然可以是宪法上的自然资源所有权,某些偏离民法上的自然资源所有权面貌的,已经“变形”了的,也可以是宪法上的自然资源所有权。<sup>〔128〕</sup> 以自然资源为标的物的权利是否均为民事权利存在争论。有学者认为矿产资源所有权、水资源所有权、海域所有权等自然资源所有权属国家所有权,非民事权利。然而,如崔建远教授所言,这些自然资源所有权虽然在宪法层面上有其一席之地,为宪法上自然资源所有权,但仍可落实在民法上,转化成为民法上的所有权。<sup>〔129〕</sup>

〔122〕 参见徐祥民:《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,第35~47页。

〔123〕 参见江平主编:《物权法》,法律出版社2009年版,第125页。

〔124〕 参见前注〔34〕,孙宪忠书,第11页。

〔125〕 参见王涌:《自然资源国家所有权三层结构说》,载《法学研究》2013年第4期,第48~61页。

〔126〕 参见彭诚信:《自然资源上的权利层次》,载《法学研究》2013年第4期,第64~66页。

〔127〕 参见彭诚信、单平基:《水资源国家所有权理论之证成》,载《清华法学》2010年第6期,第98~115页。

〔128〕 参见崔建远:《自然资源国家所有权的定位及完善》,载《法学研究》2013年第4期,第67页。

〔129〕 参见崔建远主编:《自然资源物权法律制度研究》,法律出版社2012年版,第3页。

应当说,从“自然资源权利层次说”的角度出发,在民法上采取自然资源国家所有权形式与国家的性质并不矛盾。国家包含着多重含义,可以是国际法意义上的主权国家、公法意义上的政府,也可以是民法上的主体。主权国家是公法上的概念,国家法人已暗自回到了私法领域。在这种情况下,国家与其他私法人在权利上是平等的。民法上采取自然资源国家所有权形式与民事主体制度并不冲突。并非只有作为有机体的自然人才可成为民法的人,被法律拟制设定、能够拥有财产的国家亦可成为民法的主体。在民法框架内,国家与自然人具有完全相同的法律人格。

#### (六) 小结:有关自然资源国家所有权研究现状的简要评析

1. 宪法所有权与民法所有权的“双阶构造说”通过确权性规范与授权性规范的划分提出了宪法意义上的国家所有权向民法意义上的国家所有权的转化问题,值得重视及深入研究。然而,《物权法》第119条、第122条、第123条并非具有税兵教授所言的“引致规范”<sup>〔130〕</sup>的功能,并非开拓公法与私法之间的通道,而是沟通民法内部的通道,即从民法意义上的国家所有权到用益物权的渠道。双阶构造非常有启发性,但在理论上真的可能吗?一个法律条款既要调整宪法上的国家所有权,又要调整民法上的国家所有权,而且这是完全不同的两个法律关系。宪法上的国家所有权是主权国家对公民的关系,民法上的国家所有权是平等主体之间的关系,这种双阶构造可能难以实现其理论目的。<sup>〔131〕</sup>

2. 若主张自然资源国家所有权“公权说”,如何将自然资源国家所有权过渡到自然资源用益物权?该学说对于理解自然资源用益物权设立其上的所有权的性质,可能没有多少实际价值。这里的自然资源国家所有权到底是什么性质的所有权?因为自然资源用益物权只能来源于民法意义上的自然资源国家所有权,不可能来源于宪法意义上的自然资源国家所有权,更不可能来源于所谓的“公权”。

3. 无论是以所有制性质界定所有权的性质,还是以所有权性质界定所有制的性质都是值得商榷的。生产力与生产关系、经济基础与上层建筑两对概念之间是决定与被决定、支配与被支配关系,虽然后者对前者有一定的反作用,但根本的、起主导作用的力量是前者。所有制和所有权均属于上层建筑的范畴,其中一个政治学范畴,一个属于法律概念,不可能由一个上层建筑来决定另一个上层建筑的性质。要说明所有制的性质,只能着重考察社会生产力的状况,并在此基础上对社会生产关系进行探讨。只从上层建筑的一个层次——财产所有权来界定所有制的性质,可以说是本末倒置。回归到自然资源所有权的性质界定场合,即使将自然资源所有权界定为具有民法性质,也不能得出我国所有制的性质为何。

4. 自然资源国家所有权“三层结构说”需要澄清的问题体现在:既然认为宪法上的自然资源国家所有权包含“私法权能”,那么当宪法规定了自然资源国家所有权之后,它在私法关系上可否适用?若不可以直接适用,这种“私法权能”又将如何体现?宪法规定的自然资源所有权是否具有私权的性质?若具有,为何还需在私法中进一步地规范?宪法上的自然资源国家所有权与民法上的国家所有权是两种性质不同的权利类型。宪法上的财产权乃属于一种基本权利,与宪法上的其他权利一样,直接地反映了公民与国家权力之间在宪法秩序中的关系;而民法上的财产权则主要属于作为平等主体的私人之间的财产关系。

5. 自然资源“权利层次说”可以有效打通自然资源全民所有、宪法上自然资源国家所有权、民法上自然资源国家所有权以及自然资源用益物权之间的关系。自然资源全民所有并非严格意义

〔130〕 参见税兵:《自然资源国家所有权双阶构造说》,载《法学研究》2013年第4期,第4~18页。

〔131〕 参见前注〔126〕,彭诚信文,第65页。



上的法律概念,需要过渡到宪法上自然资源国家所有权以获得法律保护。宪法上自然资源国家所有权无法生发出具有私权性质的自然资源用益物权,需要进一步转化为民法上的自然资源国家所有权才能使自然资源作为民法上所有权的客体,进而为在其上设置自然资源用益物权提供可能,从而保障自然资源效用的最大发挥。就规范依据而言,《物权法》第46条对《宪法》第9条的确认是宪法上自然资源国家所有权转化为民法上自然资源国家所有权的规范依据,也是沟通《宪法》与《民法》(公法与私法)的桥梁;《物权法》第123条则是由民法上自然资源国家所有权派生出自然资源用益物权的制度基础。当然,自然资源“权利层次说”也有以下问题需要在理论上给出回答:宪法上自然资源国家所有权与民法上自然资源国家所有权在权利主体、客体、内容、行使及救济方式上有何不同?宪法上所有权的义务主体一般为国家,那么,具体到宪法上自然资源国家所有权领域,作为所有权人的“国家”如何对作为义务人的“国家”行使权利?宪法上自然资源国家所有权转化为民法上自然资源国家所有权之后,后者不可能涤净前者的影响,那么,自然资源所负载的公共目的性如何在民法上自然资源国家所有权上得到体现?民法上自然资源国家所有权在行使时所受公共利益的限制与民法上其他私人所有权所受限制的程度有何不同?如何在具体制度上体现?这些问题都还亟需进行理论探讨及深入研究。

## 结 语

国家所有权研究的深入推进必须建立于既有研究的基础之上。对国家所有权既有研究成果的考察及梳理,其困难与价值不亚于仅仅提出“直觉多于分析”式的简单论断。由于国家所有权的主体、性质、行使等每个课题都蕴含着全民、国家、私人之间利益关系的冲突与协调,学者们对此予以研究的真正价值在当下或许不囿于对一些问题形成共识,而在于定位与凸显未来研究国家所有权的焦点问题:集中于清晰界定国家所有权的主体、科学认定国家所有权的客体、合理定位国家所有权的性质、依法规范国家所有权的行使及最终保障全民利益的实现等方面。这些问题的解决方能为国家所有权具体制度的建构提供理论根基,进而在最大程度上实现国家所有权理论的实践功能。在此意义上,即便论文至此尚无法给出上述任一问题的解决方案,以至于最后呈现的只能是没有结论的结语,但若能为攻坚国家所有权的“火力”提供打击要害之“侦察兵”的角色,或许也是一种别样的学术贡献。

(责任编辑:庄加园)