

国家所有和国家所有权

——以乌木所有权归属为中心

朱 虎*

目 次

- 一、乌木归属国家所有的可能依据及反驳理由
- 二、国家所有权的法秩序阐释
- 三、乌木情形中的国家所有权
- 四、相关私法规范的解释
- 五、结论

摘 要 宪法中的国家所有和私法中的国家所有权具有法秩序的一致性,后者是前者所具有的国家内容实现义务功能的展开方式之一,同时要受到前者的约束,两者共享了规制这个规范目的。并非所有财产都应采取国家所有方式实现规制目的,选择何种规制方式应考量多个因素并按照比例原则进行审查。在乌木情形中,对乌木挖掘的负外部性的消除不应将乌木归属于国家所有的规制方式实现,相关的私法规范应据此予以解释,甚至进行合宪性的目的性限缩,乌木不能由国家直接享有或取得所有权。

关键词 国家所有 国家所有权 规制 埋藏物 乌木

《宪法》中所规定的国家所有相关条款,之前一直没有在教义学上得到充分的重视和精细的教义学阐释,其与私法中所规定的国家所有权之间也处于“剪不断,理还乱”的关系之中。但是,这两年所发生的乌木归属、狗头金归属、风能归属等事件,却“吹皱了一池春水”,导致了对宪法中的国家所有条款、私法中的国家所有权条款以及它们之间关系的思考和讨论。本文即选择以乌木所有权的归属作为中心,讨论宪法中的国家所有和私法中的国家所有权。

一、乌木归属国家所有的可能依据及反驳理由

有观点认为乌木归属国家所有,主张乌木属于特定的客体,而现行规范或者规定这些客体属于国

* 朱虎,中国人民大学民商事法律科学研究中心副研究员。本文系“中国人民大学科学研究基金(中央高校基本科研业务费专项资金资助)项目”(项目号 15XN1002)的阶段性研究成果。

家所有,或者规定可由国家依据特定的地位而取得所有权。这些观点或者认为乌木属于文物、古生物化石、矿产资源、野生植物资源或者其他自然资源,因此依据明确的法律规定直接属于国家所有,或者认为乌木属于天然孳息或埋藏物,因此由国家取得所有权,或者认为乌木属于无主物,依据《民事诉讼法》“认定财产无主案件”的特别程序规定,经公告后无人认领的,归国家所有,^[1]笔者依次剖析如下。

(一)文物、古生物化石、矿产资源、野生植物资源或其他自然资源

结合《物权法》第51条和《文物保护法》第5条第1款、第4款第1项和第6条的规定,中国境内出土的一切可移动文物,除确定属于集体所有和私人所有的之外,皆属国家所有。该法第1条宣示立法目的为“继承……历史文化遗产”,结合《文物保护法》第2条所列举的文物类型、《文物认定管理暂行办法》第1条第2款以及日常语义,^[2]可知文物应属文化遗物,显然在文义上不包括乌木在内。

依据《古生物化石保护条例》第3条第1款规定,中华人民共和国领域和中华人民共和国管辖的其他海域遗存的古生物化石属于国家所有。该条例第2条第2款明确规定“本条例所称古生物化石,是指地质历史时期形成并赋存于地层中的动物和植物的实体化石及其遗迹化石”,乌木可能并非地质历史时期形成,也并非化石,故并非该条例所称的古生物化石。

依据《宪法》第9条第1款、《物权法》第46条、《矿产资源法》第3条第1款和《矿产资源法实施细则》第3条的规定,矿藏或矿产资源属于国家所有。《矿产资源法实施细则》第2条则规定:“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。矿产资源的矿种和分类见本细则所附《矿产资源分类细目》。新发现的矿种由国务院地质矿产主管部门报国务院批准后公布。”乌木并未被列入《矿产资源分类细目》,也并未由地质矿产主管部门公布为新矿种,因此,至少在目前,乌木不属于矿产资源。

依据《物权法》第49条规定,法律规定属国家所有的野生动植物资源,属国家所有。同时,《野生植物保护条例》第2条第2款明确规定:“本条例所保护的野生植物,是指原生地天然生长的珍贵植物和原生地天然生长并具有重要经济、科学研究、文化价值的濒危、稀有植物。”乌木并非具有生命特征的植物,因此并非属于国家所有的野生植物。

因此,至少从文义和现行规定上而言,乌木无法依据上述规范被认为属于国家所有。但是,有疑问的是,乌木能否有可能通过法律的新规定被认为属于文物、古生物化石、野生植物资源,或者被公布为新矿种,或者能否应当进行类推适用上述规范,从而属于国家所有,仍需要进一步考虑。

同时,《宪法》第9条第1款规定:“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。”《物权法》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。”由此,乌木是否能够被认为属于“等”所包含的其他自然资源,从而属于国家所有,仍值得思考。

[1] “彭州天价乌木案”,即吴高亮、吴高惠诉四川省彭州市通济镇人民政府行政纠纷案件中,原告之一吴高亮即认为,乌木属于野生动植物资源,但依据《物权法》第49条的规定,法律没有规定的动植物资源,就不属于国家所有,同时,乌木属于孳息,应由用益物权人取得。而被告主张原告并非乌木的发现者,也并非从原告的承包地里挖出,同时乌木属于埋藏物,依据《民法通则》第79条第1款属于国家所有。而一审法院和二审法院都确认乌木并非由原告吴高惠发现,也并非在原告吴高惠的承包地内发掘,因此,吴高惠与被告具体行政行为不存在法律上的利害关系,同时认为,本案不存在平等主体之间的民事争议问题,被诉行政行为也非行政裁决行为,依据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第61条规定,不符合行政附带民事诉讼的受理和审理条件,因此,吴高亮要求法院在审理行政案件的同时对乌木所有权争议一并审理的理由不成立。

[2] 《文物认定管理暂行办法》第1条第2款规定:“本办法所称文物认定,是指文物行政部门将具有历史、艺术、科学价值的文化资源确认为文物的行政行为。”《辞海》将文物界定为“遗存在社会上或埋藏在地下的人类文化遗物”,参见《辞海》:上海辞书出版社2011年版,第2383页,“文物”词条。

(二)天然孳息

《物权法》第116条第1款规定：“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。”如果乌木是在国家所有的河道或土地中，且该河道或土地上无用益物权，则有观点主张，乌木属于土地的“天然孳息”，从而由国家取得所有权。^[3]通常认为，原物的天然孳息是指原物的出产物或者按照该原物的用法所取得的其他收获物。就土地而言，土地的出产物，指所有在土地上生长出来的东西，而土地的其他收获物，指依据土地的用法产生的收获物，比如石头、沙子和其他的土地部分。^[4]但乌木并非土地上生长出来的出产物，也非依据土地的用法而产生的其他收获物，故并非天然孳息。^[5]同时，天然孳息在与原物分离前必须是原物的成分，物的成分在分离后可能属于天然孳息，也可能并非天然孳息，《物权法》第116条应能直接适用于天然孳息，并按照其规范目的，也能类推适用于分离后不属于天然孳息的其他成分。^[6]而依据通常的交易观念，土地包含了土壤、岩石、水文、大气和植被等要素，乌木不属于上述任何一种要素，故并非土地的成分。因此，乌木并非土地的天然孳息，也并非土地的成分，故无论是适用还是类推适用《物权法》第116条，国家作为土地所有权人都无法据此取得乌木的所有权。

(三)埋藏物

如果乌木在分离前并非物的成分，那么其是否属于埋藏物？如果乌木属于埋藏物，按照《民法通则》第79条第1款的规定，所有人不明的埋藏物、隐藏物，^[7]归国家所有，此时乌木应由国家取得所有权，国家应给予上缴单位或个人以表扬或物质奖励。同时，依据《物权法》第114条的规定，发现埋藏物或隐藏物的，一般参照拾得遗失物的有关规定，而《物权法》第113条又规定，遗失物自发布招领公告之日起6个月内无人认领的，归国家所有。

对于乌木是否属于埋藏物，存在诸多反对观点。第一种反对观点认为，埋藏物的构成包括人为有意的埋藏，乌木不符合该要件。^[8]但是，埋藏物规则的目的是确定一种不可能清晰的物权状态，由该制度目的决定，埋藏物是否被有意隐藏无关紧要。^[9]第二种反对观点认为，《民法通则》第79条第1款中的“所有人不明”文义上隐含了埋藏物曾经有所有权人，埋藏物的所有权仍然存在，并非无主物，

[3] 梁慧星教授即持有此种观点，参见徐霄桐、李丽《民法专家激辩天价乌木归国家还是发现者》，载《中国青年报》2012年7月7日第3版。龙卫球教授也主张乌木属于天然孳息，但其认为，如果乌木确实发掘于村民承包地之中，那么应由用益物权人取得所有权，参见龙卫球《乌木权属纷争折射中国法理变迁》，载《河南法制报》2012年8月3日第14版。据此，似乎如果乌木是发掘于国有土地上，那么应由国家作为土地所有权人而取得乌木的所有权。但本文认为，此时根本不能够适用《物权法》第116条第1款。

[4] [德]拉伦茨《德国民法通论》(上)，王晓晔等译，法律出版社2004年版，第405、406页。

[5] 有学者根据立法观点认为该款的目的是对劳动的保护，故孳息似乎应限于劳动所得的出产物，而乌木并非劳动所得，因此并非孳息，参见王永霞《彭州乌木事件的法解释学思考》，载《政法论丛》2013年第4期。反驳此种观点的正确观点则认为，孳息归属并不应采取“劳动保护说”，而是应当采取“延续取得说”，具体请参见金可可《论乌木之所有权归属》，载《东方法学》2015年第3期。

[6] 《德国民法典》第953条即规定了所有权人能够取得分离后的物的出产物和其他成分。关于中国法，有观点正确地主张，《物权法》第116条第1款应采取同样的解释方案，参见金可可《论乌木之所有权归属》，载《东方法学》2015年第3期。

[7] 按照用语，似乎“埋藏物”指的是埋藏于不动产中的物，而“隐藏物”指的是隐藏于动产中的物，但由于法律后果相同，因此下文中统称为“埋藏物”。

[8] 王利明《物权法研究》(上册)，中国人民大学出版社2012年版，第472页；王涌《慎用国家所有权》，载《新世纪》2012年第6期。根据媒体报道，尹田教授和柳经纬教授也持有此种观点，参见雍兴中《身价暴涨 地下乌木变国有》，载《南方周末》2012年5月31日；徐霄桐、李丽《民法专家激辩天价乌木归国家还是发现者》，载《中国青年报》2012年7月7日第3版。“彭州天价乌木案”中，原告也持有相同的观点，来源：http://finance.chinanews.com/cj/2012/12-06/4386494_2.shtml，2015年6月14日访问。

[9] BGHZ 103, 101, 109= NJW 1988, 1204, 1207; Staudinger/Gursky, 2011, § 984, Rn. 12; 王泽鉴《民法物权》，北京大学出版社2009年版，第196页；谢在全《民法物权论》(上)，中国政法大学出版社2011年版，第301页。

只是现在所有权人不明,^[10]而乌木上不曾存在所有权,因此并非埋藏物。但是,即使在德国法中,绝对的通说认为,化石等不曾存在所有权的物,基于确定物权状态的制度目的和相关主体相同的利益状态,仍然适用或类推适用埋藏物规则。^[11]因此,埋藏物的构成并非必然包含埋藏物曾经有所有权人这个要件,借此无法否定乌木并非埋藏物,自然也不能否定《民法通则》第79条第1款的适用。^[12]

(四)无主物

该观点认为乌木无主,但在实体法中欠缺依据,故应依据《民事诉讼法》中“认定财产无主案件”的特别程序规定,尤其是该法第192条规定,人民法院发出财产认领公告满一年无人认领的,判决认定财产无主,收归国家或者集体所有,因此乌木最终应归国家所有。但是,反对观点认为,依据《民事诉讼法》第192条所做出的判决包括“认定财产无主”和“收归国家或者集体所有”两项内容,并非认定财产无主就必然收归国家或者集体所有。在认定财产无主之后,仍应依据实体法规则明确该无主财产的所有权由何人取得,因此关键仍在于实体法规则,《民事诉讼法》的规定不能作为无主财产归属的实体法依据。^[13]

(五)总的评论

关于乌木归属,存在着以上不同观点。试想,如果《民法通则》第79条第1款未规定埋藏物由国家单独取得所有权,那么无论规定由发现人单独享有所有权,还是规定由发现人与其他主体共同享有所有权,可能都不会导致如此大的争论;如果放在新中国成立初期,同样也不会产生这么大的争论。但是,真正的教义学解释绝非是通过规范伪装个人的立场,而是从规范立场出发挖掘出法秩序中所存在的价值判断,因此,只有结合中国社会新发展中价值观念的变迁,形成对国家所有权进行法秩序的整体梳理之后,才有可能回答乌木是否应由国家享有或取得所有权这个问题,同样也才有可能对现有的规范做出合乎整体法秩序的教义学解释。

二、国家所有权的法秩序阐释

关于国家所有权的阐释,需从宪法中的国家所有和宪法秩序中的私法国家所有权两方面进行探讨。

(一)宪法中的国家所有

1. 规范内容和功能

《宪法》第6条第1款规定了公有制,第9条和第10条分别规定了自然资源和部分土地的国家所有,第12条规定了公共财产,这些条文构成了《宪法》上有关国家所有的规范群。国家所有包括如下规范内容。

第一,合理利用。《宪法》中“国家保障自然资源的合理利用,保护珍贵的动物和植物”(第9条

[10] 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,金可可《论乌木之所有权归属》载《东方法学》2015年第3期。同样的观点,参见MünchKomm/Oechsler, 2013, § 958, Rn. 3.; 谢在全《民法物权论》(上),中国政法大学出版社2011年版,第301页。德国法甚至进一步要求,所有权人不明的情形必须是因为长期埋藏而导致,除此之外的原因导致所有权人不能被查明,应适用遗失物规则, Vgl. Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, Aufl. 7, C. F. Müller Verlag, 1998, S. 484.; Staudinger/Gursky, 2011, § 984, Rn. 4.

[11] BVerwG NJW 1997, 1171, 1172; Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, S. 485.; Staudinger/Gursky, 2011, § 984, Rn. 3a.; MünchKomm/Oechsler, 2013, § 984, Rn. 3.; [德]鲍尔、施蒂尔纳《德国物权法》(下),申卫星、王洪亮译,法律出版社2006年版,第519页。

[12] 参见王建平《乌木所有权的归属规则与物权立法的制度缺失》载《当代法学》2013年第1期。

[13] 参见金可可《论乌木之所有权归属》载《东方法学》2015年第3期。

第2款前句)^[14]“一切使用土地的组织和个人必须合理地利用土地”(第10条第5款)这些表述,是宪法中国家所有这一规范内容的具体体现。结合《宪法》第26条第1款的国家保护和改善生活环境和生态环境的规定,其更是确立了国家所有的此种规范内容。具体而言,合理利用包括了如下内容(1)利用主体,即谁可以利用(2)利用对象,即利用什么(3)利用内容,即如何利用。

由这一规范内容引申出公民合理和共同使用国家所有之财产的基本权利,该基本权利并不违反国家所有中“合理利用”的规范内容,反而是该规范内容的应有之义。同时,结合国家所有的有关“合理利用”的宪法上述相关规范以及《宪法》第33条第3款所规定的公民所享有之人权中所蕴含的行为自由,公民涉及生计的对国家所有之财产的合理和共同使用权可能还涉及《宪法》第42条第1款所规定的劳动权,由此,公民合理和共同使用国家所有之财产的权利充实了宪法中国家所有的规范内容。^[15]同时,该权利当然也受到《宪法》第51条所规定的“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利”之限制。此时,该基本权利被包含于宪法国家所有的内容之中,并对后者予以具体化,同时又受到了国家所有所包含的“合理利用”这一规范内容和《宪法》第51条的限制。因此,从宪法中的国家所有可以引申出公民合理共同使用国家所有之财产的权利。

第二,收益全民共享。《宪法》中“……社会主义公有制,即全民所有制”(第6条第1款前句)“……国家所有,即全民所有”(第9条第1款)是这一规范内容的体现,这表明了国家所有财产的收益并非由政府或政府的某一部门所享有,而是由全民所享有。^[16]

第三,任何人不得侵占和破坏。这是对前两项规范内容的反面性规定,《宪法》中“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”(第9条第2款后句)“任何组织或者个人不得侵占……土地”(第10条第3款)“社会主义的公共财产神圣不可侵犯”(第12条第1款)“禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏国家的……财产”(第12条第2款后句)这些表述,都表现了宪法中国家所有的这一规范内容。

其次,宪法中国家所有的规范功能表现在以下两点。第一,国家的内容实现义务功能。国家必须制定一般性法律保护或防止宪法中国家所有的上述规范内容遭到侵害,并且要通过一般性法律的制定实现宪法中国家所有的规范内容。第二,国家所有是否具有防御功能?防御功能往往涉及基本权利对抗国家权力的功能,即如果立法、行政和司法判决侵害了公民基本权利,则可对此提出合宪性质疑。《宪法》第13条所规定的公民所享有的私有财产权享有此种防御功能,前述公民的合理共同利用国家所有之财产的权利也当然享有此种防御功能,如果立法限制这些基本权利,则这些权利作为基本权利可引起对立法内容本身的审查。但是,国家所有与公民的基本权利不同,关于国家所有的上述规范内容的具体实现有赖立法的形成,因此,当国家所有受到一般性法律“限制”时,该限制实际上是通过立法形成国家所有的具体内容,对此并不能提出合宪性质疑。《宪法》第12条规定了“公共财产”,而第13条第2款规定了“私有财产权”,这表明了公共财产和私有财产的不同属性,体现了私有财产

[14] 有学者认为,“保护珍贵的动物和植物”在客体上把“珍贵的动物和植物”与一般自然资源区别开来,表明对这种特殊资源要着重“保护”而非通常意义上的利用,体现了先进的环保理念。参见巩固《自然资源国家所有权公权说再论》,载《法学研究》2015年第2期。但无论如何,从广义上而言,这种保护也可被纳入到“利用”的内涵之中。

[15] 在德国法中,对水资源、街道的共同使用权(die ungestörte Teilnahme am Gemeingebrauch)被认为属于《德国基本法》第2条第1款所规定之一般行为自由的保护范围,是基本权利的积极分享/给付权(Teilhabe- und Leistungsansprüche)的表现之一, Vgl. Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 2014, Art. 2, Rn. 59.

[16] 参见王旭《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。

权作为基本权利,享有防御功能,而国家所有作为“公共财产”的形式之一,并非基本权利,不享有防御功能。^[17]

2. 国家所有的规范目的

按照《宪法》第6条第1款的规定,国家所有的规范目的是通过生产资料的国家所有消灭人剥削人的制度。如果对这种政治目的进行宪法解读,可以认为,宪法中国家所有的规范目的是通过国家所有来反对剥削、实现人权的平等保障,即国家所有本质上是作为一种规制手段而存在。^[18]即使认为国家所有应当从这种理想化的政治理念中解脱出来,仍要承认国家所有之上“公共任务”的存在。^[19]因此,无论如何,这里存在一个基本的共识,即宪法中国家所有的规范目的在于规制,国家借助其所有能够在国家所有的财产领域中积极主动地进行规制,实现对国家所有之财产的保护和合理利用。

在自由主义政治哲学的经典论述中,财产权的正当性被置换成私人所有的正当性,私人所有与个体自由紧密联系在一起,法治国和消极政府也具有同样的基础。但是,绝对的私人所有在一些领域会产生极强的外部性,例如环境的污染及因为私利而导致的非理性的使用,导致公共目的与经济盈利目的之间的冲突矛盾。因此,为了解决这些问题,社会治国和规制国家理论由此产生,这使得私人所有权和公共所有权的传统二分法变得模糊朦胧了;在现实场景中,公共的和私有的制度经常是相互齿合和相互依存的,而不是存在于相互隔离的世界里^[20],由此产生了规制的必要性。^[21]

此时,规制是为了避免市场的失灵,国家有权进行管理、规划和保护,其有利于促使国家公共任务的实现,而绝非利益的剥夺;从反面讲,国家甚至有义务和责任进行规制。基于此,可能会采取多种规制方式,按照规制强度的大小,大致可以分为对私人所有权的限制(包括对私人所有权的一般内容限制、管制性征收、征收)和直接设立国家所有。国家所有并非在所有情况下都优于私人所有,也并非在所有情况下都劣于私人所有。当论及“公共土地的悲剧”的时候,更为准确的理解是无人所有(无论是私人所有还是国家所有)的财产确实如此。为了解决这个问题,所采取的方式或者是设立私人所有,或者是由国家进行规制;“公共土地的悲剧”并非必然推导出私人所有的正当性。^[22]事实上,并不存在在任何条件下、任何情形中都正当的所有制架构,更为重要的是,在具体的情况下,判断何种架构总成本更低且总收益更高。^[23]无论如何,宪法中的国家所有中必然蕴含着规制目的,甚至可以认为国家所有本身就是规制的一种工具和手段。

(二)宪法秩序中的私法国家所有权

1. 私法中国家所有权的规范内容

即使国家所有权与私人所有权存在诸多不同,国家所有权也是私法所有权的一种,应适用《物权法》第39条对所有权的一般规定,具有形式上的统一性,^[24]故国家所有权也具有占有、使用、收益、处分以及相应的排除权能,这些权能由于宪法中国家所有的规范目的、内容的限制,具有特殊的规范含义。

[17] 同样观点,参见李忠夏《“国家所有”的宪法规范分析》载《交大法学》2015年第2期。

[18] 参见王旭《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,巩固《自然资源国家所有权公权说》,载《法学研究》2013年第4期。

[19] 参见李忠夏《“国家所有”的宪法规范分析》载《交大法学》2015年第2期。

[20] [美]奥斯特罗姆《公共事务的治理之道》,余逊达等译,上海三联书店2000年版,第43页。

[21] 对此具体的论述,参见[美]克里斯特曼《财产的神话:走向平等主义的所有权理论》,张绍宗译,张晓明校,广西师范大学出版社2004年版,尤其是第九章;也请参见王旭《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。

[22] See Hardin, “The Tragedy of the Commons”, 162 *Science* 1247, 1248(1968).

[23] 具体论述,请参见[美]科尔《污染与财产权》,严厚福、王社坤译,北京大学出版社2009年版,第七章。

[24] 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。

第一,占有以及相应的排除权能。《物权法》第56条规定:“国家所有的财产受法律保护,禁止任何单位和个人侵占、哄抢、私分、截留、破坏。”这里规定了包括国家机关在内的任何人不得侵占和破坏由国家享有所有权的财产,也实现了宪法中国家所有的任何人不得侵占和破坏的规范内容。因此,如果任何单位或个人实施了私法中的妨害或侵害行为,理论上而言,也可依据《物权法》第34条、第35条、第36条和第37条对国家所有权予以保护。^[25]

第二,私法上的合理利用。为实现宪法中国家所有之合理利用的规范内容,《物权法》规定了土地上可设立用益物权,并且“严格限制以划拨方式设立建设用地使用权。采取划拨方式的,应当遵守法律、行政法规关于土地用途的规定”(《物权法》第137条第3款);同时,“国家所有或者国家所有由集体使用……的自然资源,单位、个人依法可以占有、使用和收益”(《物权法》第118条),且“国家实行自然资源有偿使用制度,但法律另有规定的除外”(《物权法》第119条),并规定了海域使用权(第122条)、探矿权、采矿权、取水权(第123条)等受法律保护;为实现宪法中国家“保护珍贵的动物和植物”的规范内容,《物权法》第49条对此规定了国家所有权。不仅如此,《物权法》第120条前句还规定了用益物权人行使权利时“应遵守法律有关保护和合理开发利用资源的规定”,这也同样有利于实现宪法中国家所有之合理利用的规范内容。

第三,收益共享。这无疑也是为了实现宪法中国家所有之收益共享的规范内容,例如,《物权法》第45条第1款规定了“属于国家所有即全民所有”,第56条规定了“国家所有的财产受法律保护,禁止任何单位和个人……私分”。^[26]

同时,基于宪法中国家所有的合理利用的规范内容所引申出的公民合理和共同使用国家所有之财产的基本权利,私法中国家所有权的内容也受到一定限制。首先,未设定用益物权的国家所有权,应负有容忍公民合理共同使用国家所有之财产的义务,^[27]此时,公民的合理共同使用行为不构成私法上的妨害或侵害,不可对之请求排除或侵权赔偿;其次,经由合理共同使用行为会取得私法所有权。^[28]例如,在国家所有之水资源中进行娱乐性游钓的行为,应予容忍,并且游钓者能够取得所钓之鱼的所有权。

《物权法》中的这些规范一方面向上连接着宪法,为实现宪法中国家所有的规范功能,规定了私法中的国家所有权;另一方面向下对特别法进行了授权,“物权法”充当了“批发商”和“外包商”的角色,有关土地、海域、矿产等的特别法应实现私法中国家所有权的规范内容,也担当起私权利分配和保护的功能,而并非仅仅是单纯的管制,从而最终实现法秩序的统一。^[29]

[25] 反对观点参见税兵《自然资源国家所有权双阶构造说》,载《法学研究》2013年第4期;巩固《自然资源国家所有权公权说》,载《法学研究》2013年第4期。其均认为对国家所有权的保护主要是通过公法手段进行,但并未说明为何不能通过私法手段予以保护。

[26] 有学者认为,在私法中,“全民”具有抽象性,无法成为权利主体,而“国家所有即全民所有”,因此国家所有权并非私法所有权,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。但《物权法》直接规定了国家所有权,似乎已经将国家所有权作为私法所有权的一种,从教义学角度观察,应在此前提下思考“国家所有即全民所有”的规范含义,既有的思考参见马俊驹《国家所有权的基本理论和立法结构探讨》,载《中国法学》2011年第4期;本文认为其规范含义在于突出国家所有权所内含的公共属性和内容形成的民主程序,强调“公有私用”情形中的收益共享和“公有公用”情形中的不能设立排他性私权,而非强调“全民”是国家所有权的主体。

[27] 金可可《论乌木之所有权归属》,载《东方法学》2015年第3期。

[28] 德国法中,公共所有的水资源仍然包含了共同使用的权利,由此会产生特殊的私法权利,Vgl. MünchKomm/Oechsler, 2013, § 958, Rn. 4.

[29] 税兵教授将之称为“确权性规范”和“授权性规范”,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。

2. 规制目的与私法中国家所有权

为了实现宪法规范和私法规范在法秩序中的一致性,《物权法》第五章明确规定了国家所有权、集体所有权和私人所有权,此时宪法中的国家所有和私法中的国家所有权应具有相同的规范目的,即借此进行规制。私法中国家所有权的此种规范目的对国家所有权的具体私法规范自然会产生诸多影响。

首先,国家所有权属于私法所有权,因此自然享有私法所有权的诸多形式特征,但由于宪法中国家所有权和私人所有权的规范目的不同,因此在私法中,国家所有权和私人所有权之间仍存在规范上的不同,例如国家所有权的客体在很多情况下并非特定的物,并且国家所有的自然资源无需登记(《物权法》第9条第2款),与私人所有权的客体一般具有特定性(《物权法》第2条第3款)且要进行公示(《物权法》第6条)不同。^[30]

这种规范上的不同来源于国家所有权和私人所有权的规范目的不同。私人所有权是一种经济自由和交易取向的所有权,物权客体特定和公示公信原则都是为了降低交易成本,从而在交易中实现个人自由。但国家所有权则侧重公共属性,其目的在于规制,由此无需那些围绕经济自由取向之私人所有权而予以构建的物权法原则,而是更注重以国家所有权为基础实现规制,协调规制与市场化、公共目的与盈利目的。^[31]该规制目的决定了国家所有权中国家所享有的权利和义务的具体内涵。^[32]

《物权法》第45条第1款规定:“法律规定属于国家所有的财产,属于国家所有即全民所有。”由此,《物权法》确定了私法中国家所有权的客体必须是法律规定属于国家所有的财产。就现行立法而言,国家所有权具有不同的规范方式:其一,排他的国家所有权,不能设立其他私主体的所有权,例如矿藏、水流、海域(《矿产资源法》第3条、《水法》第3条、《海域使用管理法》第3条和《物权法》第46条)、无居民海岛(《海岛保护法》第4条)、无线电频谱资源(《物权法》第50条)、国防资产(《物权法》第52条第1款);其二,除法律规定属于集体所有的之外都属于国家所有,包括土地以及森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源(《宪法》第9条第1款、第10条第1款和第2款,《物权法》第47和第48条);其三,凡法律规定为国家所有的属于国家所有,除此之外允许其他私主体的所有权存在,包括野生动植物资源(《野生动物保护法》第2条和第3条、《物权法》第49条)、文物(《物权法》第51条)、基础设施(《物权法》第52条第2款)。在前两种情形中,无需以其他法律之规定作为依据,可以直接认定成立私法中的国家所有权,而在最后一种情形中,进一步要求以“法律规定”为前提,也即这些财产本身并非必然属于国家所有,必须以其他法律之规定作为依据,才能成立私法中的国家所有权。^[33]

如果将所有这些财产与《宪法》中规定为国家所有的财产进行对比,可以发现,前者要广泛得多。仅就自然资源而言,私法将国家所有的客体扩张至野生动植物资源、海域、无居民海岛及无线电频谱

[30] 国家所有权和私人所有权的私法规范的不同,请参见巩固《自然资源国家所有权公权说》载《法学研究》2013年第4期。

[31] 许多学者主张在私法中,用“公物”的概念予以替代“国家所有权”或“公共财产”概念,同时主张基于公物的使用目的,限制私法规范的适用,参见张谷《公共财产和公物》载《中德私法研究》(第7卷)北京大学出版社2011年版,第20页;徐涤宇《所有权的类型及其立法结构》载《中外法学》2006年第1期。该观点与本文观点的目的相同,仅仅是手段的差异而已,而从现行规范出发,本文仍然坚持国家所有权的概念。

[32] 例如,梁慧星教授认为如果法律规定的野生动物归国家所有,那么野生动物致损,国家似乎就要承担责任,参见梁慧星:《不宜规定“野生动物属于国家所有”》载《山东大学法律评论》(第4辑),山东大学出版社2007年版。但是,依据本文观点,此种情形中国家所有权的保护野生动物的规制目的也决定了国家的义务射程,规范目的决定了国家作为所有权人所享有的权利,也决定了国家作为所有权人所负有的义务,由此,防止野生动物致损与该规制目的无关,故并非国家作为所有权人所应负有的义务,自然无需作为所有权人而承担侵权责任。

[33] 参见金可可《论乌木之所有权归属》载《东方法学》2015年第3期。

资源之上,因此,《宪法》第9条第1款中的“等”意味着一种未尽列举。但是,国家所有之财产的范围为何,哪些财产能够被私法规定为国家所有?这个问题必须结合国家所有内涵的规制目的予以回答。

第一,财产与公共利益的关联程度。财产越具有整体利益性和长远利益性,则将其规定为国家所有而进行规制的总收益越高。第二,财产开发利用的负外部性。财产开发利用的负外部性程度越大,将其作为国家所有进行规制的总收益越高。例如,风能和太阳能等清洁能源利用的负外部性较小,因此,将其作为国家所有进行规制的总收益较小。第三,规制的执行成本。如果将某项财产作为国家所有进行规制所导致的执行成本过高,则不宜采取国家所有的方式进行规制,例如,风能和太阳能归属国家所有并借此进行规制,则执行成本就会过高。

由于上述考量因素所具有的结论上的不确定性,可能还要辅之以论证规则,即主张不以私人所有权为起点而是以国家所有为起点的规制方式者要承担论证责任。如此,方能避免全权国家对私人所有权的过分侵蚀。同时,如果根据上述考量因素认为将某项财产作为国家所有进行规制的必要性极大,甚至可以排除在其上设立私人所有权的可能性,或排除其他私主体取得私法所有权。例如,国防设备并非无主物,不能由先占人取得所有权,这是基于特殊目的排除其无主性。^{〔34〕}如果反之,则可能会容许私人所有权设立或取得。

三、乌木情形中的国家所有权

乌木之上是否应存在私法中的国家所有权,关键是结合上述考量因素予以判断。乌木本身开发利用具有一定的负外部性,对其过分开挖可能会导致对土地资源和环境的破坏,但如果将消除这种负外部性作为目的,而将乌木作为国家所有并借此进行规制作为手段,这会涉及比例原则的具体应用。

首先,妥当性,即手段是否有助于达到目的。如果将乌木作为国家所有,此时发现人无法取得私法所有权,这无疑可以对避免滥挖起到一定作用,有助于消除负外部性。

其次,必要性,即在同样有助于达到目的多种手段之间进行比较。可以消除此种情形中的负外部性的其他方式之一,就是乌木并非归属于国家所有,发现乌木者能够取得单独或共同的私法所有权,但滥挖破坏土地资源和环境者可能会承担刑事、行政和民事责任,其中民事责任包括了侵权损害赔偿以及停止侵害、排除妨碍和消除危险,这同样能够起到消除负外部性的效果。^{〔35〕}但将乌木规定为国家所有,对发现乌木者的利益侵害较大。两相比较,乌木并非归属于国家所有的方式可能带来的损害更小。

再次,法益相称性,也即手段本身的成本和收益应当均衡。将乌木规定为国家所有借此进行规制的收益是存在的,可是乌木虽然经济价值较高,但其与公共利益之间的关联程度较低,一般不具有较

〔34〕 BGH NJW 1953, 271.

〔35〕 有观点认为,未遵守环境保护和自然资源保护者不能通过先占取得所有权,规范基础为《物权法》第30条所规定的“合法”要件,并以《德国民法典》第958条第2款所规定的先占要件之一是无先占之禁止作为证明,参见金可可《论乌木之所有权归属》,载《东方法学》2015年第3期。但是,在德国法中,先占的禁止规定指的是禁止先占本身的规定,而非在先占中禁止特定的违法行为的规定(Vgl. Staudinger/Gursky, 2011, § 984, Rn. 9.; Müller, Sachenrecht, Aufl. 4, Carl Heymanns Verlag, 1997, Rn. 2742m.)因此环境保护和自然资源保护规定是否必然和有必要构成禁止先占的规定,是一个法律解释的问题,仍然需要更多论证。

高的科研价值,不具有整体利益性和长远利益性,^[36]因此手段本身的总收益较小。与此对应,如果将乌木规定为国家单独所有,则发现者基于自身利益最大化的考虑,可能会采取多种方式进行隐藏,例如临时掩盖等待合适机会开挖,或者与国家之间发生持续的归属争议和冲突,例如提起诉讼和暴力对抗等,由此导致不会产生收益的成本。^[37]相应的,将乌木规定为国家所有借此进行规制的执行成本也同样会较高,这里包括了查明乌木被发现的成本、查明发现者的成本、将之收归国家所有的行政和司法成本以及排除他人挖掘乌木的相关成本。在这种情形下,将乌木规定为国家所有这种手段带来的总收益较小,但总成本较高。

可能会有观点认为,乌木归属国家所有,还存在一定的分配正义考虑,将乌木归国家所有,并且国家给予上缴单位或个人以表扬或物质奖励,此时国家有可能通过新增收入增进公共福利,实现财富的社会共享,更能体现分配正义。此种分配正义的考虑也可以纳入前述的法益相称性步骤,将此作为乌木归属国家所有所可能产生的收益之一。但是,虽然分配正义的目的本身是值得尊重的,可目的正当性无法当然证成手段的正当性,这里仍然有比例原则适用的可能性。必须承认,将乌木归属于国家所有这种手段有助于实现目的,但是,同样实现该目的可能存在其他手段,例如,由发现者取得乌木的所有权,但对该主体征收所得税。此时,手段之一是将乌木归属于国家所有,但给予发现者以物质奖励,而手段之二是将乌木归属于发现者所有,但应缴纳所得税。姑且不论是否有制度防止代表国家行使所有权的地方政府去侵占或挥霍偶然增加的财政收入,如果发现者经由这两种手段所取得的个人利益大致相同,则对发现者采取破坏资源和环境行为的激励似乎并无多大区别,而在分配正义的实现方面也并无太大区别。但由于前述将乌木归属于国家所有并借此进行规制可能不符合比例原则,因此较之手段之二,手段之一所造成的损害更大。

综上,在乌木的情形中,将乌木归属于国家所有并借此进行规制这种手段可能不符合比例原则,因此,乌木不应被规定为国家所有,在宪法秩序中,将乌木归属于国家所有会导致合宪性的疑虑。

四、相关私法规范的解释

经由对国家所有权进行法秩序的整体梳理,以及在乌木情形中国家所有权问题的具体分析,我们可以得出结论,乌木不应由国家享有所有权。在此价值判断之下,第一,乌木不应被公布为新矿种适用关于《矿产资源法》的规定而归属国家所有,并且因为欠缺类推基础,故不能类推适用现行规定而归属于国家所有。第二,乌木不能被认为属于“其他自然资源”,不能根据《宪法》第9条第1款或《物权法》第48条而被认为归属于国家所有。因此,不能依据现有规范直接确定乌木归属于国家所有。

如果乌木不能被直接确定为归属于国家所有,那么国家是否可以依据其他法律事实取得对乌木的所有权,这涉及更为棘手的《民法通则》第79条第1款。如果严格按照其文义进行思考,则所有人不明的埋藏物,无论是否曾经存在所有权,都应归国家所有。但如果采取此种解释方案,则在具体情形中,与根据宪法秩序所得出的结论存在违背之处,因此可能会导致合宪性的疑虑。在乌木的情形中,

[36] 参见曾娜《埋藏物的权属纷争与宪法解答》载《昆明理工大学学报(社会科学版)》2013年第4期:在“天价乌木案”中,通济镇政府提出乌木具有很高的科研价值,含有丰富的古生态信息,通过对乌木的研究,可以了解乌木形成当时的自然环境、气候条件等,将乌木归为国有,可以保护这一珍稀的不可再生资源。但据专家的意见,乌木对地质学研究的意义不大,而且,用于研究只需一小段即可,另外,从植物学的角度看,形成乌木的树种现在并没有灭绝,乌木所具有的主要还是经济价值。”

[37] 具体的分析,参见熊丙万《财产法的经济分析》载冯玉军主编《法律经济学》,北京大学出版社2015年版,第五章。

就是如此,根据宪法秩序,乌木不应由国家享有或取得所有权,而如果对《民法通则》第79条第1款采取上述解释方案,则乌木应由国家所有,此时《民法通则》第79条第1款似乎违反了宪法秩序。因此,需要对该款规定进行合宪性的解释。

按照拉伦茨教授的观点:“假使立法者追求的影响作用超越宪法容许的范围……可以将法律限缩解释至‘合宪’的范围”。^[38]据此,如果《民法通则》第79条第1款的适用结果超越了宪法秩序所容许的范围,应对此进行限缩。可能的解释方案是,该款的构成要件除了存在埋藏物或隐藏物以及所有人不明即所有人不可能查明或存在^[39]这两个要件外,还应增加一个要件,即该埋藏物原则上归国家所有,例外规定能够存在其他私法所有权,但此时具体的所有人不可能查明或存在。在此,尤指在中国境内出土的可移动文物。按照《文物保护法》第5条第4款第1项,在中国境内出土的可移动文物原则上归国家所有;“国家另有规定的除外”构成例外的该法第6条规定能够存在其他私法所有权,但如果具体的所有权人不可能查明或存在时,应依据《民法通则》第79条第1款归国家所有。

与之相关的规范是《物权法》第114条,较之《民法通则》第79条第1款,该条中的埋藏物似乎是广义上的,不包含“所有人不明”这个条件,此时具有多种可能。第一,埋藏物仅能归属于国家所有,不能存在其他私法所有权时,不适用第114条前句规定的“参照拾得遗失物的有关规定”,也不适用《民法通则》第79条第1款,因为该款“所有人不明”这个要件不具备,而应适用后句规定的“文物保护法等法律另有规定的,依照其规定”,此时国家直接享有所有权,例如被埋藏的古生物化石和国防动产设备。第二,埋藏物原则上归国家所有,例外规定能够存在其他私法所有权,但此时具体的所有人不可能查明或存在,此时应适用《民法通则》第79条第1款,该埋藏物归国家所有。第三,埋藏物并非归国家所有,且能够查明所有权人时,或者原则上归国家所有,但例外规定能够存在除国家所有权之外的其他私法所有权,且能够查明所有权人时,此时在法律效果上要“参照拾得遗失物的有关规定”,并且后句规定的“文物保护法等法律另有规定的,依照其规定”也有适用余地(即中国境内出土的可移动文物原则上归国家所有,但《文物保护法》第6条同时规定,确定属于集体所有或私人所有的可移动文物的所有权受法律保护)此时有关部门应发布招领公告,所有权人认领,且能够证明其所有,则归属所有权人(最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》(试行)第93条);如无人认领,则归属国家所有,^[40]此时不适用《民法通则》第79条第1款,因为不具备“所有人不明”这个要件。第四,该埋藏物并非归国家所有,且所有权人不可能查明或者存在时,不适用《民法通则》第79条第1款。

按照此种解释方案,《民法通则》第79条第1款的适用范围被极大限缩,当然此时所涉及的并非只是解释,而是一种依据宪法所作出的目的论限缩,是一种合宪的法律续造,是“在合宪性要求容许的范围内,尽量维持规范的存续。”^[41]据此,在土地中发现乌木,由于乌木并非被法律明确规定为国家所有,且所有权人不可能存在,因此不适用《民法通则》第79条第1款而由国家取得所有权。

同时,如前文所述,乌木并非土地的天然孳息或土地的成分,因此,无论是适用还是类推适用《物

[38] [德]拉伦茨《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第217页。

[39] Vgl. Staudinger/Gursky, 2011, § 984, Rn. 2.; [德]鲍尔、施蒂尔纳《德国物权法》(下),申卫星、王洪亮译,法律出版社2006年版,第519页。

[40] 顺便指出,《物权法》第113条规定无人认领的遗失物归国家所有,按照本文的逻辑,该规定仍然具有诸多疑虑。对此的讨论和疑问,请参见王利明《物权法研究》(上册),中国人民大学出版社2012年版,第465-466页;孙宪忠《中国物权法总论》,法律出版社2014年版,第256页。

[41] [德]拉伦茨《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第217页。

权法》第 116 条,国家作为土地所有权人都无法据此而取得乌木的所有权,《物权法》第 39 条所规定的所有权人的“收益”权能不包含对乌木的取得。

五、结论

本文的结论可以概括如下。

第一,宪法中的国家所有和私法中的国家所有权具有法秩序的一致性,后者是前者所具有的国家内容实现义务功能的展开方式之一,同时要受到前者的约束,两者共享了规制这个规范目的,该规范目的对私法中的国家所有权规则具有多方面的影响。

第二,并非所有财产都应采取借助国家所有实现规制目的的方式,选择何种规制方式应考量多个因素并按照比例原则进行审查,国家所有权的规制目的必须通过对国家所有权本身的限制而实现。据此,对乌木挖掘的负外部性的消除不应通过借助于将乌木归属于国家所有而进行的规制方式实现,在宪法秩序中,将乌木归属国家所有会导致合宪性的疑虑。

第三,相关的私法规范必须据此予以解释,尤其是《民法通则》第 79 条第 1 款应进行合宪性的目的性限缩。乌木不能由国家直接享有或取得所有权。

可以看出,在乌木的归属上,本文的结论是消极意义上的,即不能由国家直接享有或取得所有权。本文并未在积极意义上回答乌木究竟如何归属的问题。在乌木不能归属于国家所有的前提之下,此时现行法律存在法律漏洞,那么应该如何填补该法律漏洞?乌木是归先占人单独所有,或者由土地所有权人或用益物权人单独所有,无论是因为他享有排他的先占权抑或其他,或者由发现人与土地所有权人或用益物权人各取一半,或者由发现人单独所有但应给予土地所有权人或用益物权人报酬,抑或反之?在占有和发现人不一致的情形下归谁所有?所有这些问题涉及更多的考量,而超出了本文的主题。在乌木情形中,依据宪法可以否定国家所有权,但宪法规范却无法决定乌木的最终归属,因此,在宪法秩序中,宪法对私法的消极控制作用并无疑问,但宪法对私法的积极决定作用却是非常让人疑虑甚至被认定为是不可能的。无论是对于国家所有权本身,还是宪法和私法的关系,本文仅仅是一个初步和具体的尝试,但这些问题无疑值得进一步的深入思考。也许,仅仅是也许,中国法学者对于国家所有和国家所有权的讨论以及由此引申出来的讨论,是中国法学真正中国化和成熟的契机或标志,对于中国法学者而言,这既是挑战,也是机遇。

(责任编辑:吴一鸣)