

自然资源国家所有的制度性保障功能

刘练军*

内容提要 《宪法》第9条第1款规定自然资源属于国家所有。该条款的规范特性决定了它属于不完全法条。结合其他宪法条款可知,此条款的价值目标在于作为主权代理人的国家负有保障自然资源得到公平分配和有效利用,防范对自然资源的破坏性采掘,并治理由不当利用所造成的生态失衡和环境污染。因而,对该条款应当作制度性保障解释。自然资源国家所有的制度性保障不但要求立法者对自然资源建构多层级的法律制度体系,而且该制度体系的结构及内容必须符合基本权利保障的现代宪法要求,以使国民能够公平地获取自然资源物,并对之切实享有所有权、用益物权等权益。

关键词 自然资源 国家所有 制度性保障 宪法解释

我国现行《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”。对于宪法上的此等国家所有条款,到底该如何解释与适用,已然是个缓不济急、时不我待的法律难题。2012年2月,四川彭州农民吴高亮在自家门前的河道里挖掘出一批乌木后,当地政府就与吴高亮上演了争夺其所有权的乌木案。同年6月,黑龙江省人大常委会制订《黑龙江省气候资源探测和保护条例》(以下简称气候条例),规定风力风能、太阳能等“气候资源为国家所有”,随即在互联网上引发以后晒太阳、吹西北风统统都要经过审批和缴费的“网民恐慌”(以下简称气候立法案)。2015年1月,新疆青河县牧民别热克·萨吾特在当地矿区捡到一块宝物“狗头金”。该“狗头金”到底该归谁所有至今众说纷纭、未有定论(以下简称狗头金案)。^①诸如此类的事案例争议,归根结蒂都源于《宪法》第9条第1款之规范含义模糊不明。如何解释宪法此等自然资源国家所有条款,不但直接攸关着被意外发现的乌木、狗头金等自然资源物的所有权归属,而且决定了矿藏、森林、滩涂等自然资源能否得到合理分配、利用及有效保护,并事关社会经济发展和自然生态的平衡及稳定。

对于这种高度紧迫性的时代课题,法学学者及时撰文给予了回应,并针对乌木案、

* 杭州师范大学法学院教授。

① 参见李亚楠:《捡到“狗头金”,到底该归谁》,载《人民日报》2015年2月9日第11版。

狗头金案、气候立法案等事案例阐述了各自的意见和结论。然而,不管是宪法条款的解释还是对具体事案例的解析,所呈现的都是共识大于分歧的百家争鸣、莫衷一是局面。因而,为了最终达成共识、创建宪法解释上的通说,有必要继续就自然资源国家所有条款进行理论化探究及适用性解读,以期对现实生活中的事案例能给出具有通说理论支撑的学界意见。本文认为,用制度性保障理论来解释宪法上的自然资源国家所有条款更为合理正当,而从国家所有条款的制度性保障功能出发,就不难对乌木案等事案例给出更具有自洽性和说服力的解决方案。

一、自然资源国家所有的研究现状评述

在对制度性保障说展开论证之前,先来回顾一下自然资源国家所有的诸种解释学说。从宪法学者到民法学者,探讨宪法自然资源国家所有条款的所在多有,其主要观点主张可概括如下:

(一) 国家所有权说

对自然资源国家所有条款作国家所有权解释,堪称一直居于主流地位的学界通说。但近年来越来越多的民法学者和宪法学者开始反思并修正这一学说,因而国家所有权说大致可划分为传统的旧国家所有权说和近年来经修正的新国家所有权说。

1. 旧国家所有权说

国家像个人一样也享有所有权,国家所有权是国家对国有财产的占有、使用、收益和处分的权利,是全民所有制在法律上的表现,^②传统的旧国家所有权说的基本主张莫过于此。所有权是物权法上的一个重要概念,旧国家所有权说实际上是将抽象的国家视为物权法上的所有权主体,因而它又常常被称为物权说。该学说把国家所有权的主要特征概括为四个方面:(1)主体的唯一性和统一性,即其主体是国家而非国家之机关、单位或个人;(2)客体的广泛性,即任何财物(自然资源当然包括在内)都可以成为国家所有权客体;(3)行使方式的多样性,既可以直接行使如国库行为又能够授权国家机关、企事业单位等间接行使;(4)取得方式的特殊性,如税收、征用、合同行为等等。^③

旧国家所有权说有诸多明显的缺陷,正如孙宪忠教授所言“统一唯一国家所有权”理论存在严重问题:“其理论上悖谬困窘,无法自圆其说,实践中导致国有财产保护极度乏力……基于实践视角观察,在所谓的‘统一统一国家所有权’内还存在诸多利益冲突,如分税制体现出的中央政府与地方政府的利益划分、各地方政府之间的利益纠葛,以及‘央企’与地方国企的利益争夺等,这表明‘统一唯一的国家所有权’事实上并不存在。”^④而王利明教授早年更是强调不应把宪法上的国家所有条款理解为法权意义上的

^② 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505页。

^③ 参见马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社2010年版,第320-321页。

^④ 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。

所有权:“经典作家所说的‘财产共有’,也就是‘共同占有’,不能把它理解为全体人民在法律上的共有。从法律上看,公有制国家的宪法大都规定了国家所有就是全体人民共同所有,国家是代表全体人民行使所有权的。但应该看到,宪法在这里规定的只是社会经济制度,而不是一种所有权形式。人民的共同所有只是表明了国家所有的本质,不能把它理解为法权概念。”^⑤对此论断笔者深以为然。随着宪法的四次修订以及法学与意识形态的日渐分离,旧国家所有权说的缺陷与不足开始受到愈来愈多的关注。于是,就有了修正版的新国家所有权说。

2. 新国家所有权说

本质上并不否定国家可以像国民个体一样享有所有权,但又承认国家作为所有权主体具有它的特殊性,从而对宪法上的自然资源国家所有条款作较为复杂的多重解释,此乃新国家所有权说的基本特质。如有学者认为,国家所有权在权利性质、权能设置、行使方式、法律保护等方面,与传统民法上的所有权存在重大差别,已脱离传统物权和所有权的理论构成和立法结构;国家所有权具有私权和公权的二重性,受私法和公法共同调整,是一种特殊的混合法律关系。^⑥以此认知为基础,有学者提出了所谓的国家所有权双阶构造说。该学说指出国家所有权是一个规范系统,宪法上的国家所有条款是此等法律规范系统的基础性规范,“它决定着自然资源的基本法律属性”,并对其他部门法律中的确权性规范和授权性规范实施合宪性控制。^⑦与之相类似的是“自然资源国家所有权三层结构说”,即宪法上规定的自然资源国家所有权包含“私法权能”、“公法权能”和“宪法义务”。^⑧诸如此类的新国家所有权说,除了使得国家所有权问题复杂化之外,并未给宪法自然资源国家所有条款解释带来真正新的创见。如所周知,公法和私法同时登场,公权与私权齐头并进的结果,往往是公权高于私权、公法优于私法,最终都是国家利益的最大化,而非国民个体的私人权益事实上获得更为切实的认可及保障。新国家所有权说至少经受不住国家所有权存在与发展的实然状况检验。

其实,只有把第9条第1款置于整个宪法文本中对之作体系解释,才能探究其真义。抛开宪法其他规范条款孤立地对之进行文义解释,结果只能是一叶障目,不见泰山。试想,如果国家所有权说能够成立,那《宪法》第9条第2款第1句“国家保障自然资源的合理利用,保护珍贵的动物和植物”不就成为“自我承诺”的无法律效力条款么?既然国家是所有权主体,那国家对自然资源是否做到“合理使用”,就属于无须在宪法上专门予以“承诺”“保障”的国家私领域问题。毕竟,所有权是一种绝对的支配权,在具体如何占有、使用、收益及处分问题上立宪者无权亦不必横加干涉,此其一。其二,第9条第1款将所有权赋予国家,接下来第2款却又规定国家保障合理利用,这导致在同一个宪法条款中国家对同一客体竟然扮演着两种完全不同的角色。在第1款中国家为自

^⑤ 王利明:《国家所有权研究》,中国人民大学出版社1991年版,第26页。

^⑥ 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。

^⑦ 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。

^⑧ 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。

然资源所有权主体,在第2款中国家却成了自然资源保障与保护之义务主体。面对同一个客体即自然资源,同一个国家何必又怎么可能同时具备两种截然对立之身份呢?且不无荒唐的是,这个义务纯粹是国家对国家的义务——作为所有权主体的国家向主权者国家承诺它会善待所有权客体。要么第1款中的国家与第2款中的国家不是同一个国家,要么第9条本身荒谬悖论,两者必居其一。答案显然是自然资源国家所有并不意味着国家作为一个整体对自然资源享有所有权。其三,既然自然资源所有权已经明文赋予了国家,那任何组织或个人不得侵占或破坏自然资源就是当然的法律后果之一,此乃最基本的法律常识。如此说来,那第9条第2款第2句“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”之规定,岂不沦为纯属冗余之条款?原本避繁就简、字字千金的宪法岂能容纳如此之废话型法条?由此三点疑问可知,对自然资源国家所有条款不应作国家所有权解释。

(二) 公权说

对于旧国家所有权说即物权说,有学者在修正,亦有学者在全面批判,后者在拔掉了物权说的招牌后竖起了公权说的旗号。公权说的主要观点可概括为两点:(1)宪法上的国家所有条款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;(2)作为一种“公权性支配”,资源国家所有权是通过公权力行为来具体行使的,其在形式上对应于立法、行政、司法三种基本国家权力形态,并为这三种国家权力在资源领域的行使提供指引和规范。公权说的核心要旨在于,将宪法国家所有条款解释为国家积极干预资源利用的立法权及管理权。

不能不承认,公权说是新近出现的一种相当有力地解释理论,且上述新国家所有权说亦或多或少地认可国家对自然资源的立法权和管理权,即部分地接受公权说。然而,公权说同样是不完整的,它无法解释国家本身确实作为所有权主体而占有大量自然资源之事实,此其一。其二,像国家所有权说一样,它始终将内涵和外延均难以界定的公共利益视为自然资源国家所有条款的最高目标,从而有意无意地人为降低了国民个体的资源所有权或使用权地位,而捍卫后者才是立宪主义意义上的自然资源国家所有条款之精髓所在。其三,国家管制权力在我国素来处于绝对的强势地位,在这种国家管制权力文化历久弥漫的政制背景下,将国家所有条款解释为一种强大的公权力,其结果无疑有碍于国民个体之自然资源所有权、使用权等权利体系的成长及其保障。是故,自然资源国家所有公权说不宜提倡。

(三) 规制说

在性质上,与公权说相类似的是规制说。该学说主张,不能简单地把宪法上的国家所有理解为国家通过占有自然资源而直接获取其中的利益,而首先应看作是国家必须在充分发挥市场决定作用的基础上,通过使用负责任的规制手段,以确保社会成员持续性共享自然资源。规制说认为,规制模式的核心在于:既要维护市场的公平性,又要戒备与民争利的攫取型资源财政体制之生成,强调作为一种规制国家的负责性、公共性,

最终共同维护公有制的主体地位,实现我国“基于平等之自由”的政治道德与宪法精神。^⑨ 尽管与公权说相比,规制说更关注结果的平等与自由,但两者本质上是一致的,可谓是将自然资源国家所有解释为国家管制的姊妹学说。因而,上述公权说存在的三个方面的不足之处,同样是规制说难以逾越的陷阱。职是之故,规制说亦谈不上是可以继续适用的有关自然资源国家所有条款的解释理论。

(四) 资格说

该学说指出,公有制与私有制的区别不在于主体本身的差异,而在于国家、集体和私人是否在宪法上具有取得重要生产资料之所有权的资格。宪法上的所有权注重的是取得所有权的资格,是一种获得财产利益的可能性,它不明确指向具体的客体,一个人并不因暂时没有财产而失去宪法上取得、占有和使用财产的资格。“在宪法所有权的意义上,特定候鸟的迁徙并不影响国家对野生动物拥有抽象的所有权,因为宪法上的所有权意味着一种资格,一种获得财产的可能性,它针对的是处于一国主权下抽象的一切资源,而非具体的、特定的物。”^⑩资格说渊源于赵世义教授早先提出的宪法财产权资格论。赵教授认为,宪法上的财产权作为一种与人身紧密关联的资格,往往比民法的财产权更加注重人际关系因素,且不明确地指向具体的客体,一个人并不因为暂时没有财产而失去宪法上取得、占有和使用财产的资格。宪法财产权资格论作为一种解释理论是否无懈可击本文不予置评,但把它推而广之运用到宪法自然资源国家所有条款的解释上是否合适就不能不在此略加评论了。

首先,资格说仅仅指出抽象的国家对自然资源拥有抽象的所有权资格,至于自然资源具体的取得、占有、使用主体分别是谁,它并没有回答。而在解释宪法自然资源国家所有条款时,自然资源之取得、占有、使用等主体到底是谁,无疑是不容回避的重点。其次,抽象的自然资源所有权主体为何许人并不重要,重要的是具体的、特定的自然资源物的所有权归属。无论矿藏、草原还是森林,当论及其所有权时,首要的是指具体特定的某座矿床、某块草原、某片森林的所有权或使用权落在何人或哪个机构手中。片面强调抽象所有权的资格说,对于具体和特定的自然资源物的所有权归属问题,并未给出它自己的答案。复次,对于国家自然保护区和无人居住的海岛上的所有自然资源,国家不仅拥有其所有权资格,而且通过其公法法人名副其实地享有其所有权。对此,资格说同样难以拿出一个合理的解释。总之,自然资源国家所有条款的资格解释说漏洞明显,不足为取。

(五) 所有制说

追溯自然资源国家所有条款入宪的历史,将财产权的宪法史分为人权财产权和国家财产制两个阶段,从而对自然资源国家所有条款作国家所有制解释,这种分析方法看似新颖,实则不然。该解释方案的基本主张有三:(1)自然资源归国家所有是国家财产

^⑨ 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。

^⑩ 徐涤宇:《所有权的类型及其立法结构:〈物权法草案〉所有权立法之批评》,载《中外法学》2006年第1期。

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;(2)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性、不可变更性和价值优先性等特点;(3)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,而非自由财产权。第一点手段论和第二点概括的主体唯一性等特征,实乃重弹盛行几十年的有关国家所有的解释老调,毫不新鲜。至于第三点管理权论,实际上等于放弃了所有制说的传统老路,而转入了上面提到的公权说轨道。从这个意义上说,所谓所有制说也就是聊备一格的学说而已,算不上是一种有关自然资源国家所有条款的新的解释理论。

总括而言,现有的诸种解释方案彼此之间存在一定程度的重叠与共识,它们均具有某些合理性,从而可以对部分自然资源国家所有现象作出令人信服之解释,但它们又都带有某种缺陷,难以对自然资源国家所有中的另一部分实然状况进行融贯而又有效的解释,有些障碍它们注定难以跨越,有些盲点它们全然未曾顾及。这是不是自然资源国家所有条款的一切解释理论之宿命不得而知。而本文所提出的制度性保障说是否同样面临着此等宿命,唯能留待读者诸君来判断。

二、制度性保障说的原初意涵与当代借鉴

(一)原初意涵

1. 自由与制度的区分:制度性保障学说的理论前见

制度性保障学说最早由德国魏玛时代的法学家沃尔夫(Martin Wolff)提出,后经施米特(Carl Schmitt)加以体系化并发扬光大。作为一种有关宪法权利保障方式的新创学说,其理论前提是基本权利的区分,即把基本权利分为绝对和相对两个类型,绝对基本权利的保障不适用制度性保障模式,将绝对基本权利与由宪法规范提供制度性保障的基本权利区分开来,此乃施米特当初提倡制度性保障理论的重要动机,其目的在于强调某些基本权利先于国家的绝对性。

所谓绝对基本权利,是指那些先于国家或凌驾于国家之上的原初性的自由权,它包括良心自由、人身自由(尤其是免于任意逮捕的自由)、住宅不受侵犯、通信秘密和私有财产权等。在绝对基本权利与国家的关系问题上,施米特认为:“国家并非依照其法律来授予这些权利,而是将这些权利当作先于国家而存在的东西予以承认和保护;国家只能在一个原则上可预测的范围内、并按规定程序侵犯这些权利”,“(对绝对基本权利)任何法律干预都属于例外情况,而且属于原则上受限制的、可预测的、受一般规定制约的例外情况。^①因而,作为一种本质上是与国家相对峙的权利,绝对基本权利对国家本身具有天然的防御性,时刻防御着来自国家公权力的任何干涉。

然而,并非所有由宪法予以保障的基本权利,都具有像人身自由、私有财产那样的

^① [德]卡尔·施米特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2005年版,第175、177页。

优越地位。有些规定基本权利的宪法规范仅仅只为这种权利提供一种针对普通立法的保护机制,是故,这些基本权利具有相对性,属于原则上受限制的权利。宪法对它们的保护乃是旨在形构制度的制度性保障,国家的立法或已有的制度除非侵犯到此等基本权利的核心内容,否则,就不构成违宪。由此可知,与绝对基本权利的保障相比,制度性保障算是次一级的相对保障。

从以上分析可知,绝对基本权利保护的是先于国家和宪法的自由,而受制度性保障的相对基本权利注重的是依据宪法的制度建构。区分自由与制度,在此基础上区别对待各个不同的基本权利,并对之建构程度不同即宪法审查密度有别的保障模式,此乃制度性保障学说的理论前见。

2. 承载制度性保障功能的宪法权利条款

那么,问题来了,到底哪些宪法规范承载着制度性保障功能呢?或者说,何种相对基本权利适用于制度性保障模式呢?对此,施米特在其研究魏玛宪法的著作中有很明确的例举说明。

首先,魏玛宪法有关公务员法的规定属于真正的制度性保障实例。《魏玛宪法》第129条规定“公务员既得之权利,不得侵害。关于金钱上之权利,得向法院起诉。惟依法律规定及程式,始得将公务员暂行免职、停职或退职,或降任于薪俸较低之他职”,第130条规定“公务员为全国之公仆,非一党一派之佣役”。对于此等宪法规定,施米特认为它们提供了维持一支职业公务员队伍的保障机制。在施米特看来,有了此等宪法规定,那即便具有分赃和扈从性质的议会活动造成了国家解体之后果,公务员也不受任何影响。施米特指出:“所有这一切并非服务于公务员的私人利益,而是有利于建立一支职业公务员队伍。在这种情况下,一项从原则上取缔了职业公务员阶层的法律就与一项废除了地方自治权、家庭或继承权的法律一样是违宪的。”^⑫也就是说,此等魏玛宪法条款意在保障公务员阶层作为一项制度而存在。

其次,《魏玛宪法》第105条规定“不得设置特别法庭。无论何人,不得剥夺其受法定法官裁判之权利”;第119条规定“婚姻为家庭生活及民族生存增长之基础,受宪法之特别保护,并以男女两性平权为本”;第127条规定“乡镇及乡镇联合体,在法律规定内,有行政自主权”;第142条规定“艺术、科学及其学理为自由,国家应予以保护及培植”;第154条规定“继承权应依照民法之规定受保障。国家对于继承财产所应征收之部分,以法律定之”。施米特认为,这些宪法规定所承载的并不是真正的基本权利,而只是一种制度性保障。他说:“在国家内部,不可能存在自然团体或有组织的团体的基本权利;这种所谓的基本权利其实是一种制度保障。家庭本身没有真正意义上的基本权利,同样,家庭成员本身也没有真正意义上的基本权利。家庭只能作为一种制度而受到宪法律的保护。乡镇和乡镇联合体也同样如此。这种建制可以被赋予主体权利的性质,主体权利可以受到宪法律的保障……不过,就连这类主体权利也只是宪法律权利,而不是

^⑫ 前引⑪,卡尔·施米特书,第183-184页。

与国民法治国的基本分配原则相符的真正的权利。所有这些制度安排都存在于国家之内,而非存在于国家之前或国家之上。”^⑬施米特一方面提示注意此等宪法权利的相对性,另一方面又强调它们也是受到宪法保障的,其存在不容侵犯。

3. 制度性保障的核心要义及其历史渊源

旨在建立国民法治国的魏玛宪法,为何要载入上述规范条款,它们所承载的核心要义如何,其历史渊源在哪里?对此问题施米特有他独到的分析,他说:“这些宪法保障有其具体的历史根源:人们因为特定的经验而担心会发生某些特定的危险。这些保障仅仅间接地服务于基本权利的原则,其本身并非‘基本权利’。它们提供了一种特殊的保护机制来防止立法权的滥用,提供了一种特殊的保障手段来确保权力的区分,维护法治国的法律概念。它们禁止立法者采取主权行为,也就是说,立法者不得打破现行法秩序。”^⑭不难看出,作为一种判断和解析宪法规范意旨之理论工具,制度性保障学说的核心要义在于维护现行的法秩序,防范立法者废除或取消某些宪法规范所承载的基本权利的核心内涵。

同时,施米特这段话还揭示制度性保障理论的提出,是基于历史的经验教训。回首人类的法治历程和政治得失,有关立法者破坏现行法秩序、侵犯基本权利的现象,可谓不胜枚举、俯拾皆是。德国本身的法治之路经历过多次路转峰回与推倒重来,其立法者对现行法秩序的破坏,堪称此等曲折与劫难频仍的根本原因。作为一名对政治高度敏感的法律思想家,施米特对此当然了若指掌并欲防之而心安。施米特绍承同时代学者沃尔夫提出的制度性保障理路,并将之体系化而成为该理论之集大成者,其维护现行法秩序及捍卫基本权利核心内涵的拳拳之心可谓跃然纸上。

(二) 当代借鉴

台湾地区学者李建良在探源制度性保障理论时指出:“尤须提醒注意者,过度强调基本权利的制度性保障,反而会造成基本权利保护不周的结果。盖若按照制度性保障的基本意涵,必须侵及制度核心内涵,始构成违宪,惟比例原则的操作,却未必与制度核心相涉。而国家对于基本权利施以限制,若违反比例原则,即构成违宪,其对基本权利所提供的保障,较之制度性保障,犹有过之。是以,与其在制度性保障的概念上打转,不如强化比例原则的运作内涵,避免流于空洞的公式,如此在以基本权利对抗公权力时,方有所恃。”^⑮诚哉斯言。施米特所阐述的制度性保障,在某种意义上是不回避乃至放纵基本权利限制的学说(它仅仅强调基本权利的核心内涵不受侵犯),在基本权利保障愈来愈细致缜密的21世纪,继续把原初意义上的制度性保障作为一种宪法解释工具,显然是未能与时俱进的落伍观念,违逆基本权利保障愈发全面精细之时代潮流。因此,尽管日本主流学说将政教分离、大学自治、私有财产、地方自治等宪法规定视为宪法上的

^⑬ 前引⑪,卡尔·施米特书,第184页。

^⑭ 前引⑪,卡尔·施米特书,第191页。

^⑮ 李建良:《“制度性保障”理论探源》,载吴庚“大法官”荣退论文集编辑委员会:《公法学与政治理论》,台湾元照出版有限公司2004年版,第263-264页。

制度性保障,但亦有人对制度性保障学说提出批评,认为它有可能被用作弱化人权保障之方法,同时这种理论存在着受保障免于法律侵害的制度之本质内容被狭隘理解,从而有转变为最小程度保障之危险性。^⑩此等批评并非杞人忧天。

然而,我们不应片面强调制度性保障理论的不足之处,而应该看到它的菁华所在,并充分利用它来保护基本权利及捍卫现行法秩序。事实上,无论德国、日本还是我国台湾地区,制度性保障至今还是具有强大生命力的一种宪法解释理论。如《德国基本法》第14条第1款规定“保障财产权和继承权。内容与限制由法律规定”。对此条款,德国法学界一般作制度性保障解释:“制度保障旨在保证原则上维持人在财产法领域的自由。在财产分配不平等、少数人拥有所有的财产而大多数人一无所有的情况下,这一目标很可能无法实现。个人在财产法领域的自由更需要一定程度上的平均分配。就这一点来说,《德国基本法》第14条作为制度保障和社会国家原则(《德国基本法》第20条第1款)一起担负着负责财产公平分配的任务。”^⑪又如台湾地区吴庚教授早在1994年就运用制度性保障理论阐发司法意见,他指出:“宪法所保障之各种基本权利……国家均负有使之实现之任务。为达成此项任务,国家自应就各个权利之性质,依照社会生活之现实及国家整体发展之状况,提供适当之制度的保障。”^⑫此后,举凡涉及财产权、诉讼权、公务员服公职、大学自治等基本权利,“大法官”在释宪时屡有运用制度性保障学说予以展开论证。而“大法官”运用制度性保障时,绝非强调对此等基本权利的核心内涵予以保障,而是要求国家形塑并完善相关的法律制度,以给予它们与时代发展相适应的全面化和系统性保障。

无论如何,制度性保障对立法者的拘束面是广泛的,至少可概括为三个方面:(1)立法者受作为法规总体之法制度之典型特征之拘束;(2)立法者被要求须发展多数人的自由事实上得以实现之法秩序;(3)制度性保障要求于社会现实中实现基本权。^⑬鉴于制度性保障是如此之全面,本文认为吴庚教授对它的界定值得首肯,他说:“制度性保障是从个人基本权中产生的保障功能,举凡从宪法实施时起已存在的各种保障基本权的制度,以及衡量社会生活现实及国家发展状况,所应建立的保障制度都包含在内。”^⑭对制度性保障作广义之理解及适用,实乃基本权利保障走向全面化、精细化的时代发展需要。在探究宪法自然资源国家所有条款的具体含义时,对之作制度性保障功能解释应是不二之选。事实上,已有学者认识到自然资源国家所有的制度性保障功能,如彭诚信和单平基在分析水资源国家所有时就指出:“宪法上所有权的意义在于以宪法形式确认

^⑩ 参见[日]阿部照哉等编著:《宪法》(下册),周宗宪译,中国政法大学出版社2006年版,第83页。

^⑪ [德]沃尔夫:《物权法》,吴越、李大雪译,法律出版社2004年版,第26页。《德国基本法》第20条第1款规定:“德意志联邦共和国是民主的和社会的联邦国家”。

^⑫ 参见台湾地区“司法院”释字第368号解释(1994年12月9日)。

^⑬ 参见陈春生:《“司法院”大法官解释中关于制度性保障概念意涵之探讨》,载李建良、简资修主编:《宪法解释之理论与实务》(第二辑),台湾“中央研究院”中山人文社会科学研究所2000年版,第297页。

^⑭ 吴庚:《宪法的解释与适用》,台湾三民书局2004年版,第123页。

全民对水资源所享有的权利,为全民所有的水资源提供制度保障。”^①

三、自然资源国家所有的制度性保障功能

对于宪法如是之自然资源国家所有规范,首先应从法条理论出发检视其形式规范特性,然后再剖析其制度性保障功能。

(一) 自然资源国家所有条款的规范特性

“法由语句组成并只能存在于语句之中,所以恰当地理解法律规范对法律秩序的‘功能’以及规范目的之实现而言具有重要意义,因此正确理解法律规范是法律工作者的首要任务。”^②要合理正当地建构自然资源国家所有的法律制度秩序,就不能不深思和揣摩此等规范条款。毫无疑问,本条款仅仅规定了作为整体的自然资源——而非可辨析的个体的自然资源物——的归属主体,它并不含有调整人之行为的命令或禁止,因而属于不完整规范。作为一种命令性内容相当模糊的定义规范,^③自然资源国家所有仅仅对自然资源的所属主体作出了具有高度抽象性的安排。不论国家还是全民都是强政治性、弱规范性的抽象概念,一般不宜将之作为法律秩序意义上的权利主体。国家或全民以宪法上的自然资源国家所有条款为依据,主张它们对某一具体的自然资源物享有所有权(作为公法法人的具体的国家机构当然可以成为自然资源物的所有权主体,但公法法人不等于国家或全民),这在理论上难以成立,实践中亦从未有国家或全民提出过此等主张,更遑论据此而向法院提出相关请求权了。

其实,自然资源国家所有条款只不过是描述了一项涉及自然资源的权利或义务构成要件之要素而已,它本身不足以构成一个行为规范和裁判规范均俱备的完全法条。作为一种说明性的不完全法条,它并不包含司法裁判规则,不能独立产生法效果,它“只有与其他法条相结合,才能开展共创设法效果的力量”。^④因此,要正确地诠释自然资源国家所有条款的含义,就必须在宪法承载的根本目标和价值秩序的指引下,检视其他宪法相关条款之规范旨趣,并将它们结合起来作体系性解释,才能正确地创设该条款的法效果。

诚然,所有的宪法规范都具有相当程度的概括性和抽象性,其法效果的认定与实施,需要借助下位法所建构的可操作性的制度装置。而跟其他宪法条款相比,自然资源国家所有条款对下位的法律、法规及规章的依赖性更强、更明显。原因在于宪法第9条第1款过于简略,属于典型的不完全法条(即不完整规范),不但它本身不足以形成某种可直接展示法效果的制度化功能,就是它所表达的价值与目的为何,亦只能结合其他宪

^① 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。

^② [德]魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2005年版,第48页。

^③ 有关不完整规范、定义规范的理论,参见前引^②,魏德士书,第55-63页。

^④ [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第138页。

法规范条款才能最后予以确定。本文认为,应该结合《宪法》第9条第2款、第13条和第26条等条款,来评鉴自然资源国家所有条款的价值目标,然后对之作制度性保障功能解释。

(二) 自然资源国家所有的价值目标

包括宪法规范在内的所有法律规范,都是制宪者和立法者经过反复的利益衡量和价值判断后的最终选择。在着手解释法律规范时,首先应该探寻法律规范字面文义背后的价值目标。遗憾的是,国家所有权说、公权说、资格说、所有制说、规制说等有关自然资源国家所有的解释学说,均未曾认真对待该宪法条款的价值目标问题,使其解释囿于望文生义之一隅。自然资源国家所有法条本身的不完整性,决定了必须同时考察其他宪法相关条款,将自然资源国家所有条款视为价值目标之构成要素而非其本身,唯有如此才能真正发现该条款的价值目标所在。

对于自然资源国家所有条款,有学者认为,“这是一种集合意义上的所有权,也是一种无法具体化的所有权,其更多的是一种经济主权的表达”。^⑤ 本文接受经济主权的表达这个价值目标判断。然而,此等判断尚过于抽象,不够具体。经济主权其实与国家所有一样是个高度政治化的概念,它需要进一步具体化、规则化。自然资源国家所有的价值目标,应该是国家作为主权代理人负有保障自然资源得到公平分配和有效利用,防范对自然资源的破坏性采掘或使用,并负责治理由对自然资源的不当利用所造成的生态失衡和环境污染。为此,《宪法》第9条第2款规定“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”;第13条第2款规定“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权”;第26条第1款规定“国家保护和改善生活环境和生态环境,防治污染和其他公害”。国家之所以对自然资源负有此等“保障”、“保护”、“禁止”、“改善”和“防治”之责任,关键在于自然资源属于国家所有。同时,国家保护公民的私有财产权和继承权,当然就包括保护公民在自然资源物上的财产权及相关继承权。可以说,《宪法》第9条第2款、第13条第2款和第26条第1款是自然资源国家所有条款的法效果规范,是国家为此而承担的有关自然资源方面的义务规范。唯有正视这三个规范条款,才能真正洞悉第9条第1款的价值目标所系。既然国家为自然资源的所有者,那“自然资源在国民中的公平分配→自然资源之合理利用→保护公民的自然资源利用权→防止滥采滥伐自然资源→维护自然生态平衡”这一串相互勾连的任务,都得由国家这个经济主权者一肩扛起。毫无疑问,作为全体国民终极代理人的国家只能通过制度性保障模式,来承担此等繁重职责。

谢海定博士在研究国家所有的问题史时认为:“如果将宪法上的‘国家所有’理解为客观法规范,所谓河流、水资源、野生动物资源等等归国家所有,就只是意味着排斥和否定任何个人或组织对河流、水资源、野生动物资源等的‘所有权’主张,而并不表达国

^⑤ 林彦:《自然资源国家所有权的行使主体——以立法为中心的考察》,载《交大法学》2015年第2期。

家作为独立或凌驾于其成员的主体享有对此类资源的主观性权利。”^⑤自然资源国家所有条款属于客观法规范,国家并不对自然资源享有主观性权利,本文对此颇为认同。不过,关于第一项推论即排斥和否定个人或组织对自然资源获得所有权,本文不敢苟同。相反,以上对自然资源国家所有条款价值目标的考察表明,自然资源国家所有不但不排斥个人或组织的自然资源所有权、用益物权等权利主体地位,而且还通过立体化的法律层级制度保障他们的权利主体身份。在研究宪法国家所有条款时,万万不可忽视其规范背后的价值目标。价值问题才是宪法规范的核心问题。

(三) 自然资源国家所有的制度性保障功能内涵

上述分析表明,自然资源国家所有并非意在使国家或全民成为私权意义上的自然资源所有者,相反,作为自然资源的最高规范,它旨在保障国民个体对具体的自然资源物享有私法意义上的所有权、用益物权等权益。而国民个体具体如何分享自然资源的所有权等权益,则依赖立法者根据此等最高规范进行立法,通过不同层次的法律法规来建构可行而又公平的自然资源国民分享制度。作为一种制度性保障条款,自然资源国家所有的制度性保障功能内涵可分解如下。

1. 要求立法者建构多层级的自然资源分配及使用之法律制度

自然资源国家所有的制度性保障功能,首先要求立法者必须就自然资源的公平分配、合理利用及与之相关的自然资源保护、环境污染等议题,及时地建构切实可行、有效的法律制度。在这些领域如果出现立法空白,那就是立法者的不作为,其后果是自然资源国家所有之宪法规定难以发挥其制度性保障功能。对此,需要通过民主选举、公共舆论乃至宪法审查等救济手段,促使立法者从速弥补和纠正之。

关于自然资源立法,全国人大常委会先后制订了《森林法》(1979年试行,1984年,1988年)、《草原法》(1985年,2002年,2013年)、《渔业法》(1986年,2000年,2004年,2009年,2013年)、《矿产资源法》(1986年,1996年)、《水法》(1988年,2002年)、《环境保护法》(1989年,2014年)、《煤炭法》(1996年,2011年,2013年)、《气象法》(1999年)、《海洋环境保护法》(1999年,2013年)、《海域管理使用法》(2001年)和《野生动物保护法》(2004年)等大量涉及自然资源分配、使用及保护的单行法律,已然形成了较为全面的自然资源法律制度体系。而国务院及其各部委亦针对这些自然资源单行法分别制订了具体的配套实施细则。那些尚未进行立法的如有关土壤保护及修复的法律,亦处于紧锣密鼓的草拟之中。可以说,有关自然资源的法律制度体系已经基本建构完成。而近年来,为适应社会经济的发展变化,大多数的自然资源单行法都经过了一次甚至多次修订,这足以证明在建构自然资源的法律制度体系方面,全国人大努力做到了与时俱进的更新完善。

2. 制度性保障的核心在于使自然资源能为国民公平地享有与使用

如上所述,制度性保障的原初含义侧重于保障基本权利的核心内容,但在基本权利

^⑤ 谢海定:《国家所有的法律表达及其解释》,载《中国法学》2016年第2期。

保障愈来愈精致化的 21 世纪,制度性保障不能再止步于保障基本权利之核心内涵,而应该致力于对基本权利予以更为全面的保障。就自然资源国家所有而言,制度性保障不但要求立法者就自然资源利用建构完善的法律制度体系,而且其制度体系的结构及内容必须符合当代人权保障的基本要求,以使国民能够公平地享有自然资源所有权、用益物权等权利。易言之,通过立法创建利用制度仅仅是制度性保障的形式要求,切实使自然资源能为国民公平地享有与使用,才是制度性保障的实质内容,且后者比前者重要得多。

然而,不能不承认在自然资源的合理分配及有效保护方面,各种自然资源单行法律均存有某些的弊端与瑕疵,需要立法者尽快开展进一步的修订与完善工作,以保障国民分享自然资源的基本权利免于被侵犯或剥夺。对于自然资源立法中的缺陷与不足,全国人大常委会法工委直言不讳,而且指出此等单行法保障不力的根源,在于立法本身主要立足于方便行政管理而非权利保障。在《中华人民共和国物权法释义》中,他们坦率地承认:“由于这些法律(指矿产资源法、水法、渔业法等)多是从行政管理的角度对权利进行规范的,这些权利的物权属性并不明确,财产权利的内容并不完善,更缺少对这些权利相应的民事救济措施。因此实践中也出现了一些侵犯权利人合法权益的行为,比如内水的传统捕捞区被改变用途后,从事捕捞的渔民无法得到相应的补偿和安置。”^{②7}此等立法缺陷在温州楠溪江渔业资源整体承包案中暴露无遗。该案中的承包水域涉及到 95 个村庄,十几万居民,其中经常性捕鱼的约 90-120 人,而承包合同完全未照顾到沿江渔民的权益,导致 1999 和 2000 年沿江渔民与承包商之间发生了两次大规模冲突,有人因之身负重伤,有人因此受到刑事制裁。^{②8}全国人大常委会立法草拟机构对自然资源立法的此等公开检讨,以及楠溪江渔业资源承包纠纷案,足以证明在自然资源产权划分、使用权主体确认、征收或征用补偿及权利救济措施设置等方面,自然资源单行法普遍存在立法定位有误、规定模糊不清等缺陷,并在实践中引发适用困难、争议频仍等不良后果,亟待重新审议和从速修订。

最近有学者提出:“从(宪法)文本的结构来看,对‘国家所有’的理解应放到《宪法》第 12 条‘社会主义公共财产’的框架下理解,而非《宪法》第 13 条‘私有财产权’。”^{②9}此等主张依然未认识到在终极意义上自然资源所有权,其实就是可辨析的个体的自然资源物的所有权,而其享有者最主要的乃是国民个体,尽管法人和公法法人亦可以作为自然资源物的所有权主体,但它们与国民个体相比可谓次要主体。易言之,国民才是自然资源最重要的所有权和使用权主体,对自然资源国家所有的理解绝对不能无视宪法第 13 条有关私有财产保护之价值目标。如果继续固守自然资源的公共财产色彩,结果只能是现行的偏重于国家管理权力的自然资源立法不断得到强化,而国民对自然资源物

^{②7} 胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社 2007 年版,第 276 页。

^{②8} 参见朱康对:《共有资源开发的产权缔约分析——温州市楠溪江渔业资源承包的个案研究》,载张曙光主编:《中国制度变迁的案例研究》(第 4 集),中国财政经济出版社 2005 年版,第 159-162 页。

^{②9} 李忠夏:《宪法上的“国家所有权”:一场美丽的误会》,载《清华法学》2015 年第 5 期。

的所有权或利用权空间则随之被窄化,并处于保障力度相当有限的不稳定状态。

如今,通过自然资源单行法普遍建立了自然资源有偿使用制度,为此设置了探矿权、采矿权、取水权、海域使用权、使用水域和滩涂从事养殖、捕捞权等针对自然资源的使用权。正所谓“从制度层面考察,我国业已形成了以自然资源使用权为核心,以取水权、草原使用权、矿业权、森林资源使用权和野生动物使用权为具体类型的‘总-分’式自然资源使用权制度体系”。^⑩然而,以便于政府管理为价值导向的自然资源立法,不可避免地会疏于对自然资源所有权、用益物权等权益的分配及保护。不宁唯是,此等偏重管理权的立法甚至还为各级政府部门侵犯国民原本拥有的自然资源物所有权大开方便之门。近年来,各地方政府纷纷采用拍卖方式来分配自然资源使用权或所有权(如上述楠溪江渔业资源承包案),这种做法显然冲击乃至侵犯了当地民众对所拍卖的自然资源原本拥有的使用权等权益,违背自然资源国家所有的制度性保障要求。因为各地方政府通过拍卖分配使用权或所有权,其背后的一个基本假设是,那些被拍卖的自然资源所有权或使用权原本属于地方政府,而事实并非如此。各地政府只不过是国家法律和地方性法规的执行机关。只有地方人大才有权就自然资源的分配及使用行使决定权。自然资源国家所有的制度性保障要求当地人大以相关上位法规定为依据,通过制订地方性法规来具体分配自然资源的所有权或使用权。且唯有如此,才不致于违反人民代表大会制度为我国基本政治制度的宪法政制架构。

3. 制度性保障需要司法救济国民的自然资源物权

制度性保障的核心是权利保障。有权利就有救济、无救济即无权利,故而,当国民所享有的自然资源物权受到侵犯时,制度性保障主张赋予国民充分的诉讼权以救济其权利。就自然资源国家所有而言,既然现行的法律制度所建构的是有偿使用模式,那应该保障国民对此模式及其运行过程中产生的各种纠纷争议提起诉讼之权,以获得基本的权利侵害救济。2014年全国人大常委会新修订了行政诉讼法,扩大了行政诉讼受案范围,改革了管辖制度,充实完善了证据制度和举证责任分配制度,尤其是增添了行政机关负责人出庭应诉、经行政复议的案件行政复议机关一律成为被告、对责任人员加大惩处力度等一系列制度安排,理论上对于因自然资源分配、使用、保护等原因引起的行政争议救济大有裨益,但实际效果如何尚有待观察。毕竟,整体上我国法院的司法公信力有待提高,法官的法学素养和职业伦理与法治成熟国家相比,尚存在一定差距。

更为关键的是,法官终究只能是依法裁判纷争,在法律本身不完善尤其是对相关当事人的权益界定不明确时,再优秀的法官也难有作为,自然资源的制度性保障功能势必因此而得不到有效发挥。上述温州楠溪江渔业资源承包纠纷产生的根源,就在于渔业资源的产权界定不清晰,而这是国家立法问题而非司法问题。类似由立法问题引起的环境资源纠纷所在多有。如今沿海地区普遍存在海域使用权人擅自填海,并以此获得“海变地”的土地使用权,结果导致沿海岛屿加速消失、沿海渔业资源衰退、海岸景观破

^⑩ 金海统:《自然资源使用权:一个反思性的检讨》,载《法律科学》2009年第2期。

坏等诸多恶性后果,给当地沿海居民传统的海洋资源使用权造成了极大的冲击和侵害。然而,海域使用管理法等自然资源单行法对此后果并无具体的责任承担及追究程序之规定。作为制度性保障基本内容的诉讼权,因相关法律制度付之阙如而行使无门。由是观之,自然资源国家所有的制度性保障功能要得到真正的实现及发挥,委实任重道远。

四、对乌木案、狗头金案和气候立法案的回应

为了进一步阐发自然资源国家所有的制度性保障功能,亦为了借助活生生的事案例来直观地认知并检验制度性保障解释方案,下面就立足于自然资源国家所有制度性保障说,对乌木案、狗头金案和气候立法案逐一进行分析回应。

(一) 制度性保障说如何看待乌木案

关于乌木案,争议焦点在于发现者吴高亮能否对之取得所有权。如果否定了通济镇政府对乌木的当然所有权,那吴高亮依据首先发现并占有乌木之法律事实而对之获得所有权,就基本不存在争议。

“在海滩上发见的珍宝和其他东西,根据自然法立即属于发现者所有。”^①罗马法所阐述的此等因发现而取得所有权的物权归属原则,至今仍被认为是有关物权归属的自然法。如1982年美国联邦最高法院在裁决佛罗里达州政府诉萨尔沃珠宝有限公司案时,就依然据此原则宣布发现于海底的珍宝所有权归探宝者——萨尔沃公司而非州政府,当然前者得填写纳税报告单。^②罗马法上的此等物权归属原则完全适用于乌木案和狗头金案。而在处理乌木及狗头金所有权时,美国联邦最高法院裁决的此起珍宝归属判例,其参照借鉴意义亦毋庸置疑。

吴高亮因首先发现乌木而取得其所有权,自然法对此充分认可并保护之。在实证法上,关于发现和先占取得所有权,从各类自然资源单行法到物权法均未作明文之规定,但身为立法者的全国人大常委会、法学学者及裁判法官,均支持自由先占取得。如立法者曾明确表示:“法律上虽未明文规定先占制度,但事实上先占始终作为社会生活的习惯规则而广泛存续。除了法律明令保护的野生动植物外,对于进入国家或集体所有的森林、荒原、滩涂、水面打猎、捕鱼、砍柴伐薪、采集野生植物、果实、药材并取得猎获物、采集物的所有权,国家并不禁止,也存在捡拾抛弃物而取得所有权的情况。因此,法律虽然没有明文规定先占制度,现实中通过先占取得所有权却是客观存在着的。”^③而梁慧星等学者亦认为,无主物的先占制度在我国有着悠久的历史。尽管2007年物权法未规定先占制度,但在实际生活中先占制度却是得到承认和保护。先占制度作为习惯

^① 查士丁尼:《法学总论——法学阶梯》,张企泰译,商务印书馆1989年版,第51页。

^② Florida Dept. of State v. Treasure Salvors, Inc., 458 U. S. 670 (1982).

^③ 全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《物权法立法背景与观点全集》,法律出版社2007年版,第459页。

规则广泛存在于社会生活中,因此他呼吁“将来制订民法典等民事立法时,宜将先占作为一项特殊的动产所有权取得制度规定下来”。^⑭在司法实务中,江西赣州中院法官曾在判决书中判定说:“尽管廖彩芬在该案诉讼结束后,前往新余居住生活,案涉三间房由上诉人在占有使用20余年,但该老屋并不是无主财产,长期的占有使用并不适用先占取得,并不能否定廖彩芬对该三间房屋的所有权。”^⑮从“该老屋并不是无主财产,长期的占有使用并不适用先占取得”的判决意见反推可知,对于无主财产法官是承认先占取得的。除这种间接承认先占取得外,广东清远法官更是明确接受先占取得,如其在一份判决意见中指出:“合法取得所有权的方式,包括原始取得和继受取得,原始取得的方式包括……无主物取得……先占取得……。”^⑯综上所述,从古罗马法到我国立法者到学者再到法官,均支持自由先占取得,正所谓“谁在时间上占先,在法律是也占先”。^⑰是故,吴高亮对其发现并占有的乌木拥有所有权,在自然法及法理上均毋庸置疑。于是,问题就在于当地镇政府对这批乌木到底有没有当然的所有权,亦即被掩埋于河道淤泥中的乌木是不是真正的无主物。

主张通济镇政府对乌木具有当然所有权的最重要的根据,就是宪法第9条第1款规定的自然资源国家所有。如上所述,对此条款最好的解释是制度性保障说。依照此学说,如果已有的有关自然资源的法律制度明文规定,乌木发现地的当地政府机构(作为公法法人)取得乌木所有权,那发现者吴高亮自然不得将这批乌木视为无主物,并宣称对其享有所有权;如果相关的法律制度并未作出这样的规定,那吴高亮自然可以依据其发现并占有的法律事实而取得所有权。制度性保障说的核心是权利保障,且个人财产权的保障为其重要内容。自然资源国家所有的制度性保障说,并不认为抽象的国家或全民对具体的自然资源物享有所有权,它坚持自然资源物的所有权只能通过法律制度分配给具体的国民个人或法人(法人中包括承担某种公共职能的国家组织机构这种公法法人)。建立相关的法律制度以分配各种自然资源的所有权、用益物权,并保障权利主体的自然资源物权不受侵犯,此乃制度性保障说的基本要点。

乌木属于自然资源没有问题,但没有哪一部现行的自然资源单行法将之纳入规范文本,并对其所有权等权属主体予以确认。乌木乃是经过数千年甚至数万年的自然碳化过程而形成的,它纯属可遇而不可求的自然埋藏物,其特定的存在方式决定了矿产资源法等各类自然资源单行法,无法将之纳入规范范畴,并事先确定其所有权归属。对于乌木这种跟煤炭等自然资源物不可同日而语的自然埋藏物(借助地质科学手段可确定煤炭资源的具体方位及储藏量),既有的自然资源法律制度没有且事实上不可能作出任何规定,其所有权之归属应尊重民法、习惯法等民事法律制度的认定规则。既然如此,那乌木在法律上就只能被定性为无主物。而关于无主物所有权最符合自然公正的安

^⑭ 梁慧星、陈华彬:《物权法》,法律出版社2010年第5版,第222-223页。

^⑮ 赣州市中级人民法院“凌有权等与廖彩芬等返还原物纠纷上诉案”, (2013)赣中民一终字第7号。

^⑯ 清远市清城区人民法院“陈学清诉雅辉(清远)纸品有限公司返还原物纠纷案”, (2013)清城法源民初字第330号。

^⑰ [德]康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第73页。

排,当然是谁最先发现或占有谁就取得其所有权。既然现行的自然资源法律制度未将乌木作为规范对象,且根据习惯法乌木归发现者所有并不会对乌木这种自然资源物的合理利用造成任何不利影响,那制度性保障理论当然认可并接受传统的习惯法规则。据此,制度性保障说对乌木案的判断结论是,自然资源国家所有的宪法规定不但不排斥乌木所有权属于发现及占有者,而且主张他们先占取得的所有权应受法律保护。

(二) 制度性保障说在狗头金案中的立场

其实,狗头金案跟乌木案高度类似,上述分析同样适用于狗头金案。像乌木一样,狗头金亦系经过几千乃至几万年的地质作用而演化成的一种金属混合物。在自然界狗头金数量极为稀少,对它的发现带有相当的偶然性。尽管就其化学成分来看狗头金无疑属于矿产资源,但作为独立个体暴露于野外的狗头金不属于矿藏定当确凿无疑。在国务院发布的《矿产资源法实施细则》及其《矿产资源分类细目》中并无“狗头金”一词,因而,它不属于矿产资源法的调整范畴。可以说,现行有关自然资源的所有法律规范都未将狗头金所有权的归属问题纳入其视野。之所以如此,是因为狗头金的存在是无法通过科学手段精确定位与测量的,一旦被发现那也是彻头彻尾的偶然事件,立法者根本无法把它置于规制客体范畴中。于是,裸露于野外的狗头金和埋藏于地下的乌木一样,在法律上只能算是无主物,其所有权属于发现人或占有者。

主张新疆牧民发现的狗头金属于国家所有,并将其根据推到宪法自然资源国家所有条款头上,此乃对自然资源国家所有的极大误解。如上所述,宪法上的国家所有并不意味着国家对自然资源物享有所有权,且国家本身根本不宜被视为宪法和物权法上的所有权主体。自然资源国家所有的制度性保障说认为,国家必须对自然资源的分配和保护建立完备的法律制度体系,并保障国民个人或公私法人对自然资源物的所有权等基本权利。在现行的自然资源法律制度未对狗头金作出任何规定的情况下,制度性保障说尊重习惯法,接受并保障狗头金的发现者获取其所有权。概言之,自然资源国家所有的制度性保障说的立场是,在野外发现狗头金的新疆牧民对此狗头金取得所有权,任何个人或组织都不得侵犯其所有权。所谓狗头金属于矿产资源应归国家所有的说法,存在多方面的认知错误而不足为训。^③ 首先,这种说法缺乏实定法上的规范依据,毕竟所有的自然资源法都未将狗头金作为其规范客体。其次,习惯法支持先占取得,在实定法规范出现空白的情况下,遵循习惯法、支持先占取得,此乃法理及法治之基本要求。新疆牧民因为发现和先占而取得狗头金的所有权,符合法律原理和法治精神。对此任何的否定都走到了法理与法治的对立面,其消极后果不言而喻。最后,确认并保障国民

^③ 值得注意但又被以往研究者所广为忽略的是,即便狗头金属于矿产资源,那根据我国《矿产资源法》第35条之规定,狗头金这种零星分散的矿产资源亦属于捡拾者个人所有。《矿产资源法》第35条规定“国家对集体矿山企业和个体采矿实行积极扶持、合理规划、正确引导、加强管理的方针,鼓励集体矿山企业开采国家指定范围内的矿产资源,允许个人采挖零星分散资源和只能用作普通建筑材料的砂、石、粘土以及为生活自用采挖少量矿产”。既然法律对于“零星分散资源”都允许“采挖”,那对于零星分散的狗头金,岂有阻止作为个人的牧民拾捡之理? 法律既然不阻止个人拾捡,那拾捡物自然归拾捡者个人所有,否则天理何在,法理何容?

个体的自然资源物权,才是自然资源国家所有条款的价值目标所在。因为狗头金属于矿产资源,所以它就应该归国家所有的逻辑,显然背离了此等价值目标。

(三) 制度性保障说眼里的气候立法案

有关2012年黑龙江省人大常委会制订的气候条例,民间议论焦点集中在气候资源国家所有、气象资源探测行政许可等规定上。《气候条例》第1条声称,本条例是根据气象法等法律法规而制订的。然而,全国人大常委会1999年发布的气象法,并未规定气候资源国家所有,对于气象探测它不但未设立行政许可之限制特许制度,而且其第7条还明文规定“国家鼓励和支持气象科学技术研究、气象科学知识普及”,“对在气象工作中做出突出贡献的单位和个人,给予奖励”。对比可知,黑龙江《气候条例》第7条明显属于违反气象法的不法之法。根据《立法法》第88、96条之规定,^⑨气候条例有关气候资源国家所有的规定理应被撤销。简言之,黑龙江的气候条例其实是一部合法性明显欠缺的地方性法规。

本文的重心当然不是检讨气候条例违反上位法的问题,而是探究气候资源能否为国家所有,以及国家所有对气象台之外的自然人或法人意味着什么。首先,气候资源属于宪法第9条第1款中所说的自然资源应当没有疑问。据此,在宪法上气候资源像矿藏资源一样属于国家国有亦无问题。其次,根据制度性保障说,气候资源国家所有的重点不在于气候资源的所有权归属,而是要求国家立法机关为气候资源的合理利用及防止气候灾害,^⑩创建合理的气候资源利用及保护制度,尤其要保障国民个体对气候资源的利用权。气候资源本身的强流动性特征决定了任何个人或组织都无法亦无须对之取得所有权,对之享有利用权就足矣。职是之故,气候资源立法的重心应是利用权的规范而非所有权的归属。通过立法规制利用权的目的,在于防范大气污染、气候灾害等大气环境问题。从现行气象法的文本上看,它对此等目的的认识是清晰的。复次,气候资源像其他所有自然资源一样,属于大自然对人类的馈赠,它应该为生活在国家之下的国民所充分利用,以提升国民的生活福祉。对于气候这种非消耗性资源,像气候条例那样规定探测许可制显然会妨碍国民对气候资源的利用与分享,制度性保障说对此不予认可。该学说坚持国民对自然资源的分享利用权,乃是受法律制度保障的基本权利。像气象法那样明文鼓励民间人士自由探测气候资源,此诚与制度性保障说心有灵犀。概言之,在制度性保障说看来,黑龙江省人大发布的气候条例是一部对自然资源国家所有价值目标的认知存在一定偏差的地方性法规,需要适时修订。

气候立法案、狗头金案和乌木案表明,罔顾自然资源种类繁多、特性各异之客观事实,而人为地对其所有权作一刀切式的统一规定行为本身,明显有违人类生活之基本常识。对于可遇而不可求的乌木、狗头金,既然国家(通过法律被赋予)拥有所有权,那在

^⑨ 《立法法》第88条规定“法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章”,第96条规定“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章有下列情形之一的,由有关机关依照本法第九十七条规定的权限予以改变或者撤销:……(二)下位法违反上位法规定的……”。

^⑩ 现行气象法对此有规定,参见《气象法》第五、六章。

四川农民、新疆牧民发现它们之前,国家为什么要自动放弃其所有权,而将它们遗弃于河道地下和荒山野岭呢?国家主动遗弃在先,那国民发现并占有于后,这有什么不可以的呢?至于取之不尽、用之不竭、有影无形的气候资源,国家又如何能排他性地支配它们呢?既然做不到实质性的支配,那所谓国家对之拥有所有权,不是自欺欺人么?“所有权就是一项根据意志支配物的法律能力,并排除其他人对此物的使用,所有权的行使即通过持有来实现,对应于作为法律条件的所有权,持有即构成事实条件。”^④既然持有这个构成事实条件都达不到,那主张国家拥有所有权不是明显违反所有权知识体系的基本原理么?尽管当今科技高度发达,但人类对自然界的认识还相当有限。自然界有太多的东西,国家难以根据其意志实施支配,要实现“持有”这个所有权的构成性事实条件常常心有余而力不足。唯有从既有事实和逻辑常识出发,告别对自然资源国家所有的传统惯性认知,对宪法自然资源国家所有条款作制度性保障解释,才能使该宪法条款发挥其应有的权利保障功能。

结 语

自然资源是人类财富之母,合理利用自然资源乃是人类生存和发展之起点及基础,正所谓“靠山吃山,靠水吃水”。难以想象以保障人的自由发展为旨趣的当代宪法,会否定甚至剥夺个人对自然资源物的占有、使用、收益和处分等权能。因此,宪法上的自然资源国家所有条款只能合理地解释为,国家作为主权者要保障每个国民能公平地享有自然资源物,而不是国家本身排他性地对之实施占有垄断。孙宪忠等学者亦在其著作中表达了通过法权机制让国民分享自然资源的结论:“在我国现行法律体系内,自然资源的所有权主体只有国家和集体,个人无法成为自然资源的所有权主体。我们认为,将自然人也就是一般民众排除出自然资源所有权主体的范围,于法理不足,于自然资源自古以来承载民众利益、可以由民众享有直接利益的情形不符。因此,我们应该改变这一规则,建立许可民众享有自然资源利益的法权机制。”^⑤而王涌教授更是一针见血地指出:“在中国的自然资源立法中,最为重要的是自然资源公平分配的民主程序,而非空洞的所有权问题。没有分配程序的法治保障,所谓国家所有权只是为政府部门在自然资源分配中的独断和腐败披上一件正当性外衣。”^⑥可以说,对宪法上的自然资源国家所有条款作制度性保障解释正日渐成为学界之共识。尽管多数学者并未使用制度性保障理论,但他们均认同该解释理论的核心主张,即国家应该建立并健全合理分配自然资源的法律制度,以保障国民能正当合法地享有自然资源物。

“一项法规,如果只想为公共利益服务,却拒绝为个人利益作任何辩护,那它也就根

^④ [德]萨维尼:《论占有》,朱虎、刘智慧译,法律出版社2007年版,第4-5页。

^⑤ 孙宪忠等著:《国家所有权的行使与保护研究》,中国社会科学出版社2015年版,第413页。

^⑥ 前引^⑤,王涌文。

本不可能要求获得法之名分。”^④在解释宪法自然资源国家所有条款时,德国著名法学家拉德布鲁赫的此等诤言值得我们深思玩味。为了正视及捍卫自然资源国家所有条款的“法之名分”,本文对该条款提出了上述制度性保障说。

Abstract: Article 9(1) of the Constitution provides all natural resources are owned by the State. This provision's normalizing feature determines that it belongs to incomplete law article. According to other Constitutional provisions, the value and goal of this article is a sovereign agent the state is responsible for ensuring fair allocation and effective use of natural resources, and prevents the destructive extraction of natural resources, and governs the ecological unbalance and environmental pollution caused by improper use of natural resources. Therefore, article 9(1) can only be construed as institutional guarantee. According to this interpretation method, natural resources owned by the state not only asks lawmakers to construct the legal system of multiple levels of natural resources, but also the structure and content of the system must conform to the requirements of protecting fundamental rights of the modern constitution, so that citizens can obtain natural resources impartially, and to enjoy the ownership, usufruct and other rights and interests.

(责任编辑:李小明)

^④ [德]古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法律智慧警句集》,舒国滢译,中国法制出版社2001年版,第6页。