

论国家所有权与行政权的关系

肖泽晟^{*}

内容提要 宪法上的国家所有权是保障每个公民平等合理利用国有财产的公共“控制权”,指属于国家所有的财产应当处于国家的最高控制之下,国家机关不能禁止公民对国有财产进行合理利用,因而具有强烈的公权属性,并内在地决定了只能经由立法权和行政权的行使才能实现国有的目的。从现行法对国家所有权权能的配置来看,在国有财产的具体用途被确定之前,抽象层面的国家所有权权能与行政权的行使是无法分离的。在国有财产的用途依法被确定为生活资料之后,国家所有权与行政权也不可分离,但是在国有财产的用途依法被确定为生产资料之后,国家所有权权能就应当与行政权分离。

关键词 国家所有权 行政权 生产资料 生活资料

一、问题的提出

2015年4月初,南京市规划局请求南京市人大常委会解释《南京市学校用地保护条例》第22条关于“中小学、幼儿园现有用地或者规划用地范围内不得兴建住宅、商业用房和其他与教育无关的建筑物、构筑物及其他设施”的规定,理由是相关部门就是否可以再次出让并审批学校地下空间的建设活动存在争议。规划局在来函中提出:只要国土部门未出让学校地下空间土地使用权的,其土地使用权就不包含地下空间,规划局因而就可以按照基本建设程序和城乡规划法律法规的规定对其操场地下空间建设的公共停车场进行审批。市国土资源局的意见是:未明确出让或划拨包含地下空间土地使用权的,其地下空间土地使用权仍为国有,若要使用其地下空间建设公共停车场,应重新办理用地手续。国土、规划部门都认为,市国土资源局可以再次出让地下空间,规划局可以办理审批手续,具体依据是《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)第136条,即“建设用地使用权可以在土地的地表、地上或者地下分别设立”。南京市人大常委会征求市教育局的意见,得到的答复是:不同意建设地下停车场。按照《中华人民共和

^{*} 南京大学法学院教授,博士生导师。本文为国家社科基金项目“公共资源特许利益的限制与保护”(项目批准号:12BFX125)的阶段性成果。

《国有土地管理法》(以下简称《土地管理法》)的规定,国有土地所有权由国务院代表国家行使。但是,在这里提到的学校地下空间能否再用于建设停车场的争议处理程序中,到场的只有市国土局、市规划局、市教育局三个行政机关,市人大常委会成为争议处理机关,而国务院作为城市国有土地所有者的代表者却并未到场。在南京市国土局向教育主管部门依法划拨教育设施用地时,国务院作为所有者代表也并未参与其中。那么,在这里是谁在代表国家行使国有土地所有权,谁在代表国家行使行政权呢?

对国有财产上的利益进行配置,是基于国家所有权还是行政权的行使,长期以来学界并没有达成共识。在新修订的行政诉讼法实施之前,根据最高人民法院民庭的解释,国有土地使用权出让合同被认为是民事合同,其实质是把国有土地使用权的配置看做是民法意义上国家所有权而非行政权的行使。在新行政诉讼法实施之后,按照最高人民法院行政庭的意见,国有土地使用权出让合同应属行政协议,相应的纠纷应当纳入到行政诉讼受案范围。显然,这又是将国有土地使用权的配置看做是行政权的行使。然而,直到今天,最高人民法院并未出台新的司法解释来明确该合同的性质。从学界的研究来看,主张国有土地使用权出让合同为行政协议的观点在论证理由上依然还显得非常单薄,^①根本原因就在于学界尚未弄清楚国家所有权和行政权之间的关系,到底两者在行使上是否能分离。如果两者是合二为一的,那么国有土地使用权出让合同就是行政协议,否则就不一定是。弄清楚二者的关系,除了对于明确配置国有财产使用权的行为到底属于公法行为还是民事行为具有重要意义之外,也有利于进一步明确不应当通过市场配置的资源范围。从中国社会结构变迁的历史来看,随着计划经济体制逐步为社会主义市场经济体制所取代,国家在身份社会基础上按计划进行的简单且低成本资源配置方式也逐步被“价高者得之”的市场配置方式所取代,而根本未考虑作为公民基本权利实现所需要的作为生活资料的国有财产使用权应采取何种不同于市场机制的配置方式配置给公民,没有意识到“市场的压力非但没有防止歧视的发生,反而促使了歧视的发生”,^②结果导致对很多领域国有财产的利用成为只有有钱人才能享有的特权,已经带来了腐败、贫富差距拉大、穷人住不起房子以及死后无安身之所等一系列社会问题。因此,简单地以宪法关于实行生产资料的社会主义公有制和建立社会主义市场经济体制的规定为依据,认为所有的财产都是作为生产资料使用,而没有看到国有财产大量需要作为公民生活资料使用而不能简单地以市场机制配置的客观事实,因而认为宪法上的国家所有权在性质上属于民法上的国家所有权,显然是一种误解。

为了明晰国家机关代表国家对国有财产上的利益进行配置的法律性质,本文在对

① 具体理由有六:一是法律将作为出让人的土地管理部门作为行政主体对待;二是合同内容涉及对闲置土地的处置等行政权的行使;三是行政审判庭审理该类案件具有一定优势;四是最高人民法院的一些司法批复和答复也确立了该类协议的可诉性;五是一些地方政府规章已明确将国有土地使用权出让合同列入行政合同范畴;六是为了统一法律适用和裁判标准。参见梁凤云:《行政协议案件的审理和判决规则》,载《国家检察官学院学报》2015年第4期。

② [美]凯斯·R. 孙斯坦:《自由市场与社会正义》,金朝武、胡爱平、乔聪启译,中国政法大学出版社2002年版,第205页。

我国宪法上国家所有权的本质进行探讨的基础上,结合我国现行法对国家所有权的配置,以生产资料和生活资料的划分为切入点,从理论上探讨国有财产用途确定之前和确定之后国家所有权与行政权的关系。

二、宪法上作为公共控制权的国家所有权

罗马法理论关于财产的一个基本观念是,一切私有财产只有一个所有人,所有人的权利是绝对的和排他的。^③ 如果将国家当做私人对待,并把这种财产所有权观念运用于国家,将使得没有财产的人只能仰仗代表国家的机构赐予甘泉和雨露,公民的人权将面临威胁。由于此种民法上的“所有权”概念自身并不能保障我国宪法关于消灭剥削、维护社会公平、发展社会主义公用事业、保障公民基本权利的目的的实现,因此,从民法意义上理解我国《宪法》规定的“国家所有”受到了越来越多的批判。

(一) 学界对宪法上国家所有权的新阐释

显然,宪法上的“国家所有”并非单纯民法意义上的“国家所有”,相反,它的层次更高、范围更广。对此,学界又有两种观点:一是宪法意义上的国家所有,完全区别于民法意义上的国家所有,是一种名义所有^④、抽象所有^⑤,对应的国家所有权是公权^⑥而非私权,是一种体现平等主义的公共所有权。^⑦ 在美国,意欲用水的人必须向政府管理机构递交申请,陈述其用水的来源、划分界限的方式和用水的目的,政府通常不对水资源的使用收费,即使收取,也只收取少量的费用,政府不能像私人所有者一样向使用者收费。^⑧ 显然,这也是从公权的角度理解水资源国家所有权的。有学者认为土地和自然资源国家所有权存在宪法所有权和民法所有权这样的双阶构造,^⑨显然这也是以宪法所有权区别于民法所有权为前提的,但却忽视了行政法上所有权的存在,因为“行政主体对公产享有行政法上的所有权,公产管理的行为有时根据法律的规定采取,在法律没有规定时,最高行政法院认为公产的所有权是公产管理行为的根据。”^⑩二是认为,受我国当时计划经济体制的影响,宪法意义上的国家所有是在国家的行政职能和经济职能不分

③ 参见肖厚国:《所有权的兴起与衰落》,山东人民出版社2003年版,第56页。

④ 参见张千帆:《城市土地“国家所有”的困惑与消解》,载《中国法学》2012年第3期。

⑤ 不仅所有权的客体需要具体化、特定化,而且所有权客体的用途、代表国家行使所有权的主体、这种客体的使用管理规则等都需要通过法律进一步具体化。参见肖泽晟:《宪法意义上的国家所有权》,载《法学》2014年第5期。

⑥ 参见尹田:《民法思维之展开》,北京大学出版社2008年版,第296页。美浓部达吉也认为,国家对未经采掘的矿物的权利,是一种对存在未明之物的权利,只有在许可采矿请求人采掘并禁止他人采掘时,才能显示出该权利的积极效果,而许可和禁令属于公法上的行为,因而矿产资源国有不是私法上的所有权,而是公法上的所有权。参见[日]美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,中国政法大学出版社2003年版,第79页。

⑦ 参见前引⑤,肖泽晟文。

⑧ 参见[瑞典]托马斯·思德纳:《环境与自然资源管理的政策工具》,张蔚文、黄祖辉译,上海三联书店、上海人民出版社2005年版,第92页。

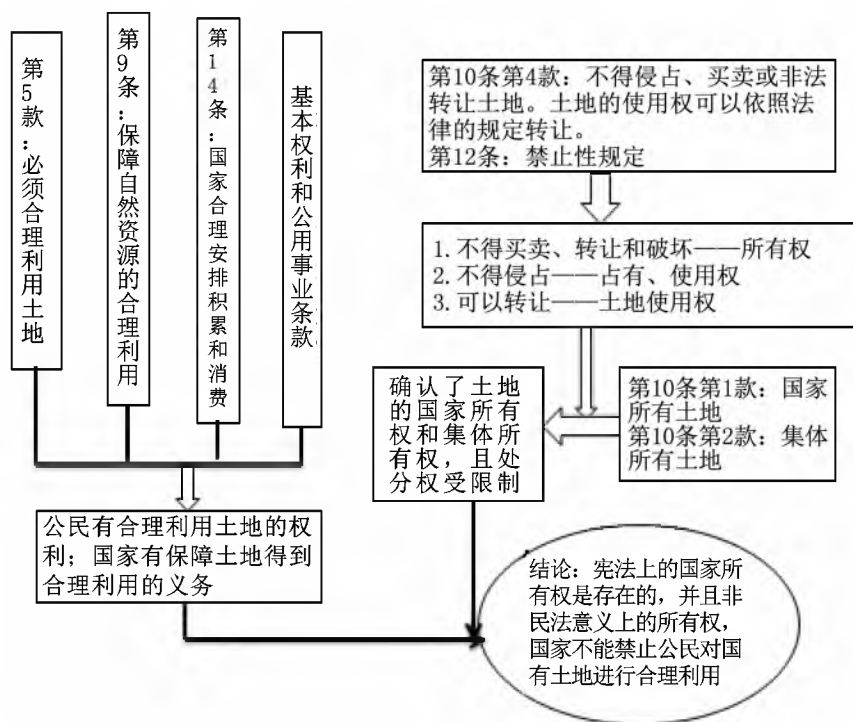
⑨ 参见税兵:《自然资源国家所有权双阶构造说》,载《法学研究》2013年第5期。

⑩ 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第318页。

的背景下规定的,因而对应的国家所有权既具有公权的属性,也具有私权的属性,即公权和私权的二重性。^⑪

(二) 宪法上的国家所有权与公民合理利用国有财产的区别

虽然在“八二宪法时刻”,国家实行的是计划经济,国家与社会不分,国家即社会,社会即国家,无需国家所有权的话语,因而仅仅将我国《宪法》第10条第1款和第2款解读为土地制度条款^⑫也不存在问题,但是,我们并不能因此否定宪法意义上的国家所有权的存在,^⑬尤其是在国家实行社会主义市场经济体制之后。当然,这种国家所有权并非基本权利,^⑭而是内在地包含了公民依法享有合理利用国有财产的权利在内。这样的结论完全可以以国有土地为例,通过对我国《宪法》第10条加以解释得出。具体的解释逻辑如图所示。



根据我国《宪法》第10条第2款、第3款和第4款的规定,要将集体土地变为国有,只能是通过法律的规定或者征收的方式,原则上不能也不宜通过买卖的方式^⑮。由于法

^⑪ 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。

^⑫ 参见彭鐔:《八二宪法土地条款:一个原旨主义的解释》,载《法学研究》2016年第3期。

^⑬ 有学者认为,宪法并没有规定国家所有权,宪法上的国家所有指的是所有制。参见谢海定:《国家所有的法律表达及其解释》,载《中国法学》2016年第2期。

^⑭ 有学者认为承认国家所有权就是认可国家享有基本权利,因而违背了公认的“国家不能作为基本权利主体”的宪法理论。参见李忠夏:《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。

^⑮ 国家能否购买集体土地的问题,不能简单依第10条第4款得出结论,相反需要综合考虑国家购买集体土地的目的以及国家是唯一的买方等因素。再者,如果集体土地所有者拒绝出售,国家将不能获得所需要的土地。

律只能规定具有普遍约束力的规则,不会针对特定事件作出处理,即“法律的规定”不可能直接完成将特定集体土地变为国有的任务,因此,将集体土地变为国有的唯一途径就只能是“征收”。但是,第10条第3款明确规定征收的目的只能为了公共利益,因而将集体土地征收为国有之后的国有土地就只能是行政法上的公物,不能成为民法意义上国家所有权的客体。从这一意义上讲,宪法上的国家所有权也不可能是纯粹民法意义上的国家所有权。因为民法意义上财产所有权的核心在于收益权,即所有者可以不劳动而收割、不耕而收获、不生产而消费、四肢不勤而得享受,因而这样的所有权是不应存在的。^⑩正是为了消灭这种剥削制度,我国宪法才否定私人对土地和自然资源的所有权,建立了公有制。如果国家也像私人一样对国有财产行使民法意义上的所有权,那么建立国有制也就没有必要了。因此,削减或弱化宪法意义上国家所有权的私权属性,强化其公权属性以及与公共利益之间的联系,就显得非常关键。显然,前面提到的有关“国家所有”的两种观点都是学者们在这一意义上作出的尝试。

(三) 宪法上国家所有权的性质:公共控制权

从我国宪法文本来看,国家所有权确实是一种抽象的公共信托所有权,且国有化的目的在于保护国有财产得到合理利用、为公民基本权利的实现提供物质基础、消灭剥削和维护社会公平,因而这种国家所有权不产生禁止私人利用的法律效果,具有强烈的公权属性,并内在地决定了只能经由立法权和行政权的行使才能实现国家所有的目的。

首先,宪法上的国家所有实质上是一种公共信托所有。我国《宪法》第9条第1款就规定国家所有即全民所有,第7条也规定“国有经济,即社会主义全民所有制经济”,表明“国家所有”实际上是国家机关受全体人民委托,为了全体人民的共同利益,管理本属于全体人民的财产。国家机关作为受托人的责任在于,保护这种国有财产不受侵害以及保障这种国有财产得到合理利用,国家机关并无权利排除每个公民对这种国有财产进行合理利用,也不得侵犯每个公民平等利用国有财产或者从国有财产中受益的权利。从美国的公共信托理论来看,某些资源如水资源,“具有其特别的公共性,从而使它们不适合用作私人用途”,^⑪不能成为民法意义上所有权的客体,因为任何人(包括国家在内)不能像占有手表或电视一样拥有水资源的所有权,而是只享有用益权——即与他人共享的利益,而政府则有义务代表国家将水资源的使用限制在符合公共利益的范围之内,并且充分考虑到水资源本身的公共性和相互依存性,政府无权独占这些资源并排除公民对这些资源的合理利用。因此,国家并不能禁止公民基于日常生活而从附近河流中取水。这也许是我国宪法规定“国家所有”即“全民所有”的原因。

其次,宪法上的“国家所有”并不能产生禁止私人利用的法律效果,因而强调的是国家的最高控制权,而不是民法“自我所有”意义上的国家所有。前苏联解体后的乌克兰

^⑩ 参见[法]蒲鲁东:《什么是所有权》,孙署冰译,商务印书馆1963年版,第174-175页。

^⑪ Joseph L. Sax, *The Public Trust Doctrine in Natural Resources Law: Effective Judicial Intervention*, 68 Mich. L. Rev. 471, 485 (1970).

《宪法》第13条规定:“土地、矿藏、大气、水资源以及乌克兰境内的其他自然资源、乌克兰大陆架的自然资源和专属(海洋)经济区是乌克兰人民所有权的客体”;“每个公民都有权依据法律利用人民所有权的自然客体。”^⑩1945年《印度尼西亚共和国宪法》第33条第3款规定,“土地、水及它们蕴藏的自然资源应当处于国家权力的控制之下,并且应当用来实现人民的最大利益”。^⑪《塔吉克斯坦共和国宪法》第13条也规定,“土地、矿藏、水源、领空、动植物和其他自然资源仅为国家所有,国家保障将其有效地用于人民利益”。^⑫显然,这样的“国家所有”并非民法意义上的“自我所有”,不能产生禁止私人利用的排他性效果,而是为了确保每个公民能够平等地利用国有财产。康德说过:“一切外在权利必须来自作为土地的主人,和土地的至高无上的统治者;或者,也许可以更恰当地比作土地的最高所有者。”^⑬这说明国家是土地的原始所有者,或者说国家所有权是一种原始所有权。“最高的普遍所有者不可能把任何一部分土地作为他自己的私人所有,因为这样一来,他就把自己变成一个私人了。只有人民才能私有土地并且是按分配方式而不是按集体方式取得。”^⑭国家作为“最高所有者不应该拥有任何私人产业,无论是为他私人使用或是供应他的朝廷使用。因为,如果他有私人产业的话,他占有多少就全凭他的高兴了,这么一来,该国就会出现危险,因为所有的土地都被拿到政府的手中,所有臣民都将被当作土地的奴隶来对待。”^⑮“对于土地的最高所有者,可以这样说,他不占有任何东西作为他自己的,除了他自身而外。如果他和其他人一样在国家中也占有资料,就可能因为那些资财而与他人发生争执或诉讼,但却不会有独立的法官来审判这种案件。”^⑯马克思在《资本论》第三卷中指出:“从一个较高级的经济社会形态的角度来看,个别人对地体的私有权,和一个人对另一个人的私有权一样,是完全荒谬的。甚至整个社会,一个民族,以至一切同时存在的社会加在一起,都不是土地的所有者。他们只是土地的占有者,土地的利用者,并且他们必须像好家长那样,把土地改良后传给后代。”^⑰因此,土地和自然资源的国家所有与私人所有完全不是同一意义,不是民法意义上的“国家所有”或“政府所有”。宪法上的“国家所有”并不强调“拥有”,而是强调“控制”,即强调对国有财产的保护、对其用途的合理安排以及对使用权的公平合理配置。

第三,国有财产只是国家机关履行其宪法责任的物质基础,国家机关不仅应将国有财产优先用于保障单个公民基本权利的实现,确保国家对单个公民的社会保障水平远

⑩ 任允正、于洪君:《独联体国家宪法比较研究》,中国社会科学出版社2001年版,第660页。

⑪ [澳大利亚]西蒙·巴特、蒂姆·林赛:《谁拥有经济? 财产权、私有化和〈印尼宪法〉:以〈电力法〉为例》,载[英]艾琳·麦克哈格、[新西兰]巴里·巴顿、[澳]阿德里安·布拉德布鲁克、[澳]李·戈登主编:《能源与自然资源中的财产和法律》,胡德胜、魏铁军等译,北京大学出版社2014年版,第336页。

⑫ 前引⑩,任允正、于洪君书,第504页。

⑬ [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153页。

⑭ 前引⑫,康德书,第154页。

⑮ 前引⑫,康德书,第154页。

⑯ 前引⑫,康德书,第154页。

⑰ 《马克思恩格斯选集2》,人民出版社1995年版,第574-575页。

高于资本主义国家,而且应优先将其用于公用事业建设,从而为所有公民基本权利的实现提供共同的物质基础,^{②6}因而国有财产天然就与公共利益存在紧密的联系。与此相对应,国家所有权就具有强烈的公权属性:政府只是名义上的所有权人,政府代表国家行使所有权要受到公共利益的诸多限制,政府并不能代表国家建一道“篱笆”把国有财产控制起来并将所有公民阻挡在外,更不能随意利用所控制的国有财产向公民收取费用。只有这样,我们才能避免因为政府片面追求财政收入最大化的目标而导致对国有财产的利用成为只有有钱人才能享有的特权。此种强调国家义务和责任的、国家所有权的确立,保证了每个公民实际上都能获得不受市场侵犯的私人财产,从而保障了每个人的人权,增进了公民的自由,维护了社会的稳定和公平。

第四,宪法上的国家所有权是一种抽象所有权,^{②7}不仅所有权的客体需要具体化、特定化,而且财产的用途、代表国家行使所有权的主体、财产使用管理的规则等都需要通过法律进一步具体化。这种抽象所有权只有通过立法机关制定法律并由行政机关依法加以执行之后,才能衍生出行政法意义上直接服务于公共利益的国家所有权和民法意义上间接服务于公共利益的国家所有权,前者受行政法调整,后者受民法调整。^{②8}这就注定了抽象层面的国家所有权与基于主权之下的立法权和行政权在行使上不能分离的命运。

(四) 宪法上国家所有权的部分私权属性

当然,从宪法意义上国家所有权的行使结果出现了行政法上的公物(或公产)和民法上的国家私产来看,我们并不能完全否定宪法上的国家所有权的私权属性。例如,由矿产资源国家所有权衍生出采矿权,再进一步衍生出资源产品的私人所有权,就说明矿产资源国家所有权具有私权属性。同样,从海域国家所有权中衍生出将海域作为生产资料时的渔业养殖权,也说明海域国家所有权具有私权属性。由于“国家及其国民间的关系不仅具有‘公的’而且还有‘私的’性质”,^{②9}国家既可以以公法主体的身份从事活动,也可以以民事主体的身份从事一定的活动,因此,在国有财产与集体所有的财产毗连并发生相邻关系,或者国家以平等主体的身份去购买私人拥有的财产时,相应的国家所有权毫无疑问具有面向私权的属性。即使是在公的关系中,如在行政没收关系中,国家为了实现制裁目的而将私人财产没收为国有后,没收后的财产(如烟酒)可能无法直接服务于公用目的,因而此时的国家所有权也具有私权属性。显然,国家所有权何时具有私权属性,应当放置于具体的法律关系中进行个案判断。

三、财产用途确定前国家所有权与行政权的不可分性

国家既不能简单地等同于政府,也不能等同于那些组成全体人民的、由个人组成的

^{②6} 前引⑤,肖泽晟文。

^{②7} 参见徐涤宇:《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。

^{②8} 参见肖泽晟:《公物法研究》,法律出版社2009年版,第12-14页。

^{②9} [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。

群体。“将国家与某些国家的代表机构相混淆,将国家与以他们自己的名义提出主权索求相混淆也是一种错误”。^⑩ 国家必须通过其代表才能履行国家的职责,使那些对国有财产的愿望各不相同的人们能够共存,因此,宪法意义上的国家所有权首先是由立法机关来代表国家行使的。立法机关为确保宪法上“属于国家所有”的财产得到合理利用,一般需要通过制定法律的方式对有关利益的配置进行控制。为了探讨财产用途确定前国家所有权与行政权的关系,对现行法的规定进行梳理是非常必要的。

(一) 现行法对国家所有权权能的配置现状

为了了解国家所有权权能及其行使的特点,这里特对我国的《物权法》、《土地管理法》、《矿产资源法》、《海域使用管理法》、《森林法》、《水法》、《草原法》、《城乡规划法》、《文物保护法》有关所有权权能的配置规定进行比较,并得表如下:

法律与规范的财产类型	所有权人的代表	相关规划审批机关	资源分配者	资源分配方式	资源补偿费或出让金分配比例的确定机关
《物权法》:国有财产	国务院	无	未规定	通过市场交易	无
《土地管理法》:国有土地	国务院	国务院	县级以上人民政府和土地管理部门	以招标、拍卖方式出让	全国人大直接规定(中央与地方三七分成)
《矿产资源法》:矿产资源	国务院	国务院	县级以上地质矿产主管部门	行政许可	国务院
《海域使用管理法》:海域	国务院	国务院	地方各级人民政府	行政许可	国务院
《森林法》:国有森林资源	未规定	国务院;各级人民政府	县级以上林业主管部门	行政计划与行政许可	由林木营造单位获得林木收益
《水法》:水资源	国务院	国务院或其授权的部门;县级以上地方人民政府或其授权的部门;国务院发展计划主管部门	国务院;地方人民政府;水行政主管部门	行政计划与行政许可	国务院
《草原法》:草原	国务院	国务院和地方人民政府	未规定	未规定	不清楚
《文物保护法》:国有文物	未规定	无	文物主管部门	许可	不存在

^⑩ [英]戴维·朗西曼:《国家的概念:一种想象的主权》,载[英]昆廷·斯金纳、[瑞典]博·斯特拉斯主编:《国家与公民:历史·理论·展望》,彭利平译,华东师范大学出版社2005年版,第43页。

由上表可见,就大部分“属于国家所有”的财产而言,我国现行法律都规定国务院代表国家行使所有权,在法律没有规定收益权归属时,国务院也往往自己规定自然资源使用补偿费如何分配,但从实际资源配置权的分配来看,很多本应由所有权人的代表即国务院去配置的资源,却通过法律交给了地方人民政府或有关主管部门根据批准的规划,以行政许可方式或者出让方式加以配置。也就是说,在具体某项国有财产使用权的配置上,国务院作为所有者的代表完全“退隐”,而由财产所在地的地方人民政府及其主管部门进入“前台”依法行使控制权。

(二) 国务院行使的所有权权能向行政权的转化

显然,国务院代表国家行使的所有权依然只是名义上的抽象所有权,不仅国家所有权的客体还需要根据法律规定进一步具体化、特定化,其用途和使用管理规则也需要进一步具体化,但在国务院代表国家行使所有权的阶段,其采取的方式依然是制定行政法规或者依照法律规定制定或者审批相关规划的方式,换句话说,国务院代表国家行使的所有权已经被规划权以及制定行政法规的权力(内容只是涉及财产用途如何安排、利益如何分配、补偿费如何分配等方面的规则)所取代,至于最终确定谁能获得对具体的某项国有财产的利益等,则是通过地方人民政府及其部门执行上述规则来完成的。因此,国务院代表国家行使的所有权依然只是抽象所有权,并为规划审批权和行政立法权所取代,与行政权完全融合。当然,这里的规划权的性质与美国的规划权或计划权有所不同。例如,美国的土地利用计划就是通过土地用途分区和颁发有关许可来实现的,^③因而土地利用计划是内生于土地管理的一个概念,具有规制性质,属于“警察权力”(即为了防止公共利益遭受私人活动的损害而对私人权利和自由的行使进行必要限制的权力)的范畴。但是,在我国的国有制下,因为财产归国有,国家既是财产所有者,又是公共利益的维护者,更是促进经济发展的责任人,因而政府的规划权就具有源于所有权的计划权和源于行政管理权的规制权的双重性质,既具有分配公共资源上的利益的功能,也具有限制如何分配这种利益的功能。

(三) 国有财产利益的具体配置者并非以民事主体的身份在行事

从我国现行体制看,国务院代表国家行使的所有权已经逐渐被国务院行使的规划权以及制定行政法规的权力所取代。而在国务院行使国家所有权的阶段,国务院最多只是制定用途如何安排、利益如何分配、补偿费如何分配(如许可、出让)等方面的规则。至于最终确定谁能获得具体的某块土地或自然资源的利益等,则是通过地方各级人民政府及其部门执行上述规则来完成的。因此,国务院代表国家行使的所有权依然只是抽象所有权、名义所有权,并采取规划审批权和行政立法权的方式,与行政权完全融合。至于地方人民政府及其有关部门在行使财产利益配置权能时,并非受国务院的委托,而是根据法律的授权。因此,这种配置财产利益的权力,实际上是被当做行政权而授权给

^③ See Epstein, Joseph M., *Land Use Planning: Zoning*, 1968 Ann. Surv. Am. L. 581 (1968-1969).

地方人民政府及其职能部门行使的。也正因为如此,这些行政机关在配置财产利益时并非以民事主体,而是以行政主体的身份在行事。例如,在国有土地使用权的出让中,根据《土地管理法》和《中华人民共和国城市房地产管理法》的规定,市、县国土部门在出让国有土地使用权之前,必须先将土地出让方案报有批准权的人民政府批准,在获批后才能按照法律法规的规定将国有土地使用权进行公开招标拍卖,确定受让人,签订出让合同;土地出让金由中央和地方按照“三七”分成,全部进入财政账户,并不归国土部门所有。而且由于土地管理部门代表国家有保障土地得到合理利用的责任,在受让方不在规定期限内开发土地导致土地闲置时,土地管理部门依法可以收取土地闲置费甚至无偿收回出让的土地。这些都说明,具体负责出让国有土地使用权的市县土地部门并非代表国务院行使国家所有权,并不具有民事主体的“意思自治”特征,因而在合同中签字盖章的国土资源局并非以民事主体,而是以行政主体的身份在执行法律的规定,因而其行为属于执法的范畴。

(四) 国家所有权权能呈现出与行政权一样的特点

这进一步说明,国家所有权在不同的时空中是以不同的形态出现的,其行使呈现出明显的与行政权一样的“流动性”和“碎片化”的特点,并体现为不同国家机关在不同层次和程度上对国有财产的开发利用进行控制的权力,从而使得国家所有权呈现出从观念上的全民所有权到名义上的国家所有权,从全国人大及其常委会代表国家以立法的形式行使抽象所有权到国务院代表国家行使所有权,再到地方人民政府及其主管部门行使具体财产利益的分配权等不同的形态,其背后反映的是国家所有权应当受到的诸多限制以及对其私权属性的弱化或消解。因此,财产国有化的目的,最终都是以立法权的行使为媒介,并以行政权的方式分解到不同的行政机关并依法加以行使来实现的。

我国《宪法》第2条第1款规定:“中华人民共和国的一切权力属于人民。”因此,无论是国家所有权,还是行政权,最终都属于人民,要受到人民的控制。而人民对国家的控制都是通过民主政治以及必要的分权制衡来实现的。根据我国《宪法》第2条第2款的规定,人民行使国家权力的机关是各级人民代表大会。因此,全国人大代表人民,既可以通过法律授予行政机关行政权,也可以授权国务院代表国家行使国家所有权,甚至在必要时将部分国家所有权权能交给地方各级人民政府或者有关部门行使。可以说,授权行使国家所有权与授权行使行政权的授权原理是相同的。由于国有财产与公共利益之间存在紧密的联系,因此,国家所有权的行使也必须服务于公共利益,并受到公共利益的诸多限制。这与行政权的行使必须服务于公共利益,并受到公共利益的诸多限制的情形是一致的。从国家所有权权能的配置与行使现状来看,不仅全国人大及其常委会可以代表国家,国务院可以代表国家,甚至任何一个国家机关和国家工作人员因为法律的授权也可以在一定范围和程度上代表国家。但是,“各种各样的国家单元都有其自己形形色色的历史,并形成不同的团队精神、目标取向,以及其职员或政治家的偏狭

思想”,^②并随着繁文缛节、部门势力和行政代理人的增加,“造成了政府内部部门视角的多样化和碎片化,部门间彼此竞争的加剧,各自出台的具体政策难以协调”。^③因此,面对如此范围广泛、数量如此庞大的“属于国家所有”的财产,将其控制权交给任何一个国家单元(如国务院)来行使都是不现实的,相反必须在国家机关内部进行分权并实行必要的制约。这种“碎片化”是国家所有权集中体现为公共控制权而呈现的另一特点。从这一意义上讲,将国家所有权视同公权力,按照控制立法权和行政权的思路,即以民主政治为基础,实行必要的分权和制衡,对国家所有权加以控制是非常必要的。

四、财产用途确定后国家所有权与行政权的可分性

然而,抽象层面的国家所有权与立法权和行政权的行使无法分离,并不意味着针对某一具体财产的所有权权能的行使也是不能与行政权分离的。笔者认为,按照宪法的安排,将国有财产作出生产资料和生活资料的二元划分,将为我们探讨两者的关系提供一个很好的切入点。

(一) 国有财产用途的二元划分:生产资料和生活资料

长期以来,人们受到《宪法》第6条规定的影响,^④都有一个误解,认为只要将国有财产作为生产资料交给国有企业经营,就可以避免劳动者遭到别人的剥削,而生活资料则都是由私人所有的。实际上,国有财产的用途也应区分为生产资料和生活资料,就如同农村土地需要用作住宅用地、殡葬用地以及基础设施用地一样,国有土地不可能也不应当全部用做生产资料。洛克就曾说过:“土地和其中的一切都是给人们用来维持他们的生存和舒适生活的,而土地上一切自然果实和它养活的畜类都归人类共有,没有人对这种自然状态中的东西拥有排除他人使用的私人权利。既然大地及其上的一切是给人类享用的,那必然要通过某种拨归私用的方式,然后才能有益于某一个人。”^⑤这就说明,土地和自然资源既可以作为生产资料使用,也可以作为生活资料使用,且必须由政府通过某种方式分配给私人。只不过,马列主义经典理论没有过多讨论生活资料应归谁所有的问题而已。可能的原因是,每个人都必须通过劳动获得生活资料是当时普遍认可的观念,而在马克思、恩格斯所处的时代,直接服务于所有公民基本权利保障并由政府建设的公用基础设施本身就是供所有人平等利用的,政府并不收取费用,不行使收益权,因而不存在剥削的问题。结合我国宪法文本的规定以及国有财产的实际用途来看,

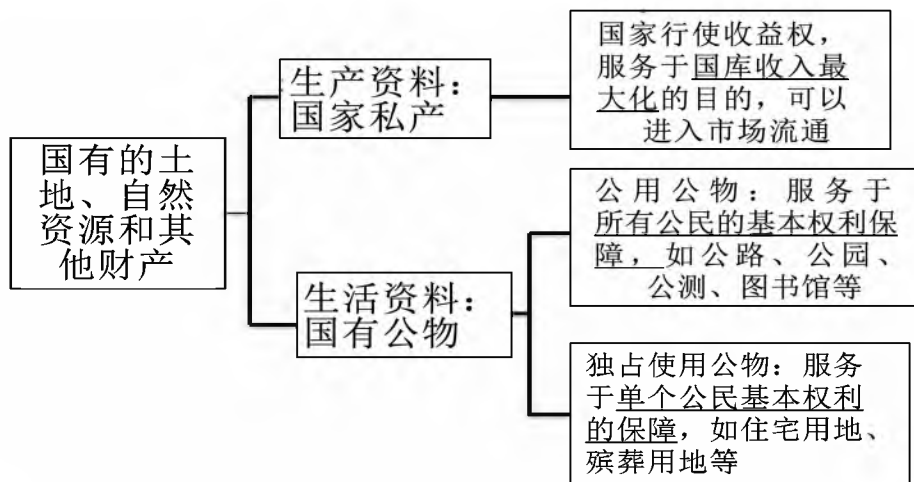
^② [美] 乔尔·S. 米格代尔:《社会中的国家:国家与社会如何相互改变与相互构成》,李杨、郭一聪译,江苏人民出版社2013年版,第121页。

^③ 前引^②,米格代尔书,第150页。

^④ 我国《宪法》第6条规定:中华人民共和国的社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制,即全民所有制和劳动群众集体所有制。社会主义公有制消灭人剥削人的制度,实行各尽所能、按劳分配的原则。

^⑤ [英] 洛克:《政府论》(下篇),叶启芳、翟菊农译,商务印书馆1995年版,第20-21页。

国有财产实际上可以区分为两种服务于不同目的的财产,^⑤具体如下表所示:



(二) 生活资料的国家所有权与行政权的不可分性

“我们每个人同等地通过对依附于土地上的公物如教育设施、医疗设施、公园、图书馆之免费或低费利用,就可事实上使每个人的受教育权、休息权、基本医疗保健权、文化活动的自由等社会、文化方面的基本人权得到同等保障,从而使每个人真正体会到社会主义公有制给我们带来的好处。”^⑥这里的土地以及相应的公物实际上就是作为保障每个公民基本权利得以实现的生活资料而存在的,因而对生活资料的分配就不能受制于“价高者得之”的市场规则。如果借用克里斯特曼关于收入所有权和控制所有权的所有权二分法,^⑦此时被用做生活资料的国有财产的所有权就属于控制所有权。由于某一国有财产的具体用途一旦依法被确立为生活资料,国家机关代表国家对此种生活资料的配置,因为与公共利益存在紧密的联系,当然也就被归入行政权行使的范畴,不存在分离国家所有权和行政权的问题。

(三) 生产资料的国家所有权与行政权的可分性

但是,如果某一国有财产的具体用途依法被确立为生产资料,按照生产资料社会主义公有制和保障、巩固国有经济发展的要求,国家就应优先将生产资料作为对国有企业的出资,交给国有企业生产经营,国有资本收益应归属于全民。此时,代表国家履行国家出资人职能(代行国家所有权)的国家机关行使的是收入所有权。只有在生产资料不适宜作为国家出资并将其分配给国有企业时,代表国家行使所有权的国家机关才能将生产资料以公平竞争的方式通过市场机制配置给其他市场主体。由于国家机关代表国

^⑤ 参见肖泽晟:《社会公共财产与国家私产的分野——对我国“自然资源国有”的一种解释》,载《浙江学刊》2007年第6期。

^⑥ 肖泽晟:《论公物在中国人权保障中的作用》,载《南京大学学报》(社会科学版)2003年第3期。

^⑦ 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,广西师范大学出版社2004年版,第222页。

家行使生产资料的国家所有权时,可以行使收益权,为了防止行政执法权服务于收益权的情况出现,防止行政执法权的滥用,分离收益权与行政执法权就显得非常必要。^③因此,当某项国有财产的用途被确定为生产资料之后,代表国家行使收益权等所有产权能的国家机关就应当与负责对国有财产的开发利用进行限制的行政执法机关分离,并将相应的许可区分为“对物的许可”与“对人的许可”(或生产资料使用权的出让行为)两个阶段,^④前者的目的在于切断行政执法机关与被许可人的经济联系,明确该生产资料使用权的内容和边界,防止损害公共利益,因而受到行政法调整,后者则指代表国家行使收益权的国家机关将内容和边界得到明确界定的生产资料使用权通过招标、拍卖等公平竞争方式确定受让人,签订出让合同,并收取出让费用,因此而此一阶段的行为应主要由民法加以调整。

(四) 国有生活资料不得通过市场机制配置

将国有财产作出生产资料和生活资料的区分,原则上就划定了社会主义市场经济中可以进入市场交易的国有财产使用权的范围,即只有作为生产资料的国有财产使用权才可以经由市场机制配置给市场主体。如果将作为生活资料的国有财产使用权,例如国有住宅用地、殡葬用地使用权,也通过市场机制来配置,而且拒不切断代表国家行使收益权的部门与地方行政执法部门之间的联系,纵容地方政府利用对国有财产的控制权获得最大化的财政收入,就必然导致对这种生活资料的使用成为只有有钱人才能享有的特权,穷人就只能被动接受有钱人的剥削。在社会主义制度下,资源分配的首要目的是“维护基本的平等,阻止一个公民被另一个公民剥削”,因而当国有财产使用权需要作为生活资料分配给公民时,国家不能因为已经实行社会主义市场经济体制,就免除自己向公民分配保障基本权利实现所需要的生活资料的义务。正是从这一意义上讲,具体层面的国家所有权应当如何行使,必须根据国有财产用途的不同分别加以规范,一点都马虎不得,否则公民平等合理使用国有财产的权利就将受到严重侵害。

结 语

在社会主义理论中,国有化本身就是对私利的扬弃,是反剥削的人道主义实践,^⑤因此,将国家所有权异化为民法意义上的所有权是受到禁止的,政府无权凭借对国有财产的控制权无限制地向百姓索取财富。我们应当切记,马克思所希望建立的并不是以同

^③ 参见肖泽晟:《论遏制公共资源流失的执法保障机制——以公共资源收益权和行政执法权的纵向配置为视角》,载《法商研究》2014年第5期。

^④ 参见肖泽晟:《自然资源特别利用许可的规范与控制——来自美国莫诺湖案的几点启示》,载《浙江学刊》2006年第4期。

^⑤ 参见《马克思恩格斯全集》第42卷,人民出版社1962年版,第174、120页。

样的标准对待每个人的平均主义社会,而是对每个人的不同需求给予同等关注的社会。^②这就要求人类赖以生存的土地和自然资源必须处于国家的最高控制之下,并禁止平均私分国有财产。这是我国之所以实行公有制以及必须认可宪法上的国家所有权内在地包含了每个公民平等合理使用国有财产的权利因而本质是一种公共控制权的原因之一。也恰好是这一点,使得宪法上的国家所有权与民法意义上的国家所有权存在明显的区别。遗憾的是,在我国私人活动的空间十分有限的情况下,却生出了一棵私法的“参天大树”,而公共活动的领域虽然十分广阔,却长出了一棵公法的“幼小弱苗”,^③结果导致理论界长期以来主要是从私法的意义上来理解国家所有权,而对地方人民政府直接出让作为生产资料的国有土地使用权的做法熟视无睹。这样的理解很容易导致“国有”成为个人自由的对立面。事实上,在以公有制为基础的社会主义制度之下,在强大而无所不在、无所不包、无所不能的公共活动笼罩、抑制之下,私法的生存空间是非常有限的。要让我国的私法真正发达起来,必须让国家所有权与公民的权利紧密联系在一起。本文基于此种考虑而展开的论证得出了以下几点结论:

一是政府代表国家行使国家所有权的活动属于公共活动,因而宪法上的国家所有权更强调的是政府的责任和义务,强调国家机关对公民自由的保护,体现为一种服务于公共利益的公共控制权,虽不能否定其具有私权的属性,但本质上属于公权。换句话说,政府作为全体人民的受托人,有责任为了保护每个公民平等合理使用国有财产的权利而对国有财产进行管理,政府并无权力禁止公民基于日常生活需要而对国有财产进行合理利用。

二是在国有财产的用途确定之前,抽象层面上国家所有权的行使与立法权和行政权的行使是合二为一的。在国有财产的用途被确定为生活资料之后,例如在文章开头提到的学校操场地下空间使用的争议中,学校操场用地属于公共教育设施用地,属于生活资料,因而此时的所有权权能也是与行政权合二为一的,在出现争议时,作为国有土地所有者的代表国务院必然“退隐”,进入前台的是依法行使相应行政权的行政机关。

三是只有当特定国有财产的用途被确立为生产资料,因而不能直接服务于公共利益之后,才存在国家所有权权能与行政权分离的必要性。正是从这一意义上讲,在国家所有权权能与行政权没有分离的情况下,目前的国有土地使用权出让合同就应当定性为行政协议。

最后还要说明的是,对于哪些国有财产应被作为生产资料使用,哪些应被作为生活资料使用,不仅是判断国家是否切实履行了保障公民平等合理利用国有财产的权利这一宪法职责的标准,也明确了社会主义市场经济条件下可以通过市场机制配置的资源范围和不能通过市场机制配置的资源范围,以及特定国有财产使用权的配置是应

^② 参见[英]特里·伊格尔顿:《马克思为什么是对的》,李杨、任文科、郑义译,新星出版社2011年版,第107页。

^③ 参见张树义:《中国社会结构变迁的法学透视》,中国政法大学出版社2002年版,总序。

当受到行政法调整还是受到民法调整。为避免人们对国有财产上的利益的无序争夺,保障每个公民平等合理利用国有财产的权利,建议国家尽快制定《国有财产管理法》,以加强对国有财产用途的安排以及对国有财产使用权的配置的规范与控制。

Abstract: The state ownership in the Constitution is a public control power to ensure that every citizen can use the state-owned property equally and reasonably, and means that all the property owned by the State in our constitution shall be under the control of the state, and citizens cannot be prohibited to make reasonable use of the state owned property by the state organs who are on behalf of the state, so it has a strong nature of public power, and it is determined inherently that the purpose of the state ownership should be realized only through the exercise of legislative power and executive power. From the allocation of powers and functions of state ownership in the current law, the exercise of state ownership at the abstract level and administrative power cannot be separated before the specific use of state-owned property is determined. There is no separation between the state ownership and administrative power after the use of state owned property is determined as the living materials. However, it is necessary to separate the power of state ownership and administrative power after the use of state-owned property is determined as the production materials.

(责任编辑:吴 雷)