

厦门大学法学学术文库



资源权论

金海统 著

On the Right to the Natural Resource

School of Law

Xiamen University



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

教育部人文社会科学基金项目基金资助
项目批准号：09YJC820059

资源权论

金海统 著

School of Law



Xiamen University

厦门大学法学学术文库



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

资源权论 / 金海统著. —北京: 法律出版社,
2009. 12

(厦门大学法学学术文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0131 - 9

I. ①资… II. ①金… III. ①自然资源—权利—研究—中国 IV. ①D922. 604

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 209074 号

厦门大学法学
学术文库

资源权论

金海统 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 7.625 字数 196 千

版本 2010 年 1 月第 1 版

印次 2010 年 1 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0131 - 9

定价:23.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

厦 门 大 学 法 学 学 术 文 库 编 委 会

编委会主任

徐崇利

编委会成员

(以姓氏笔画为序)

卢炯星	齐树洁	朱福惠	宋方青
陈晓明	林秀明	李兰英	徐国栋
徐雅芬	曾华群	蒋 月	廖益新

总 序

——八十周年院庆与学术文库的诞生

迄今为止,尚未求证厦大法学院是不是距离大海最近的法学院,只知道近得抬眼一望就看见惊涛骇浪,俯身触摸就是温柔的海滩;尚未求证厦大法学院是不是享受阳光最充裕的法学院,只知道所有的教师工作室都是向南面海,从日出东山的那一刻就开始接受阳光的恩赐,即使在黄昏的瞬间,也能收揽最后一缕光芒!

海纳百川,自然会赋予她宽广浩瀚的胸怀;阳光普照,更使她天生充满了博爱与无限生机。厦大法学院就是在大海与阳光的厚爱中悄然迎来了八十周年华诞,更为欣喜的是伴随生日庆典的到来,厦门大学法学学术文库犹如一个新的生命宣告诞生!

翻开厦大法学院八十年的历史画卷,值得回眸和感慨的片段有很多:1926年6月,厦门大学设立法科,下设法律学、政治学、经济学三系。1930年2月,厦门大学改科为院。1934年6月,法学院与商

学院合并为法商学院。1937年底,法商学院中的法科停办。1940年复办法律学系。1950年,厦门大学文学院、法学院合并为文法学院。1953年全国院系调整,法律学系再次停办。1979年法律学系再次复办。1984年12月,法律学系与哲学、政治学与行政学系成立了政法学院。1998年9月政法学院正式更名为法学院。直至2003年11月,才在法律学系的基础上组建了现在的法学院。

从某种意义上讲,厦大法学院的历史就是中国近现代法律发展历程的缩影:她命运坎坷,多次起落于创办、停办、复办的变化之中;她成长曲折,在不同的阶段分别与文学、商学、政治学联姻,以文法学院、法商学院、政法学院的姿态出现。这看似厦大法学院的悲哀,抱憾于以往多年未以能独立的法学院实体和学术形态面世,却无意中塑造了厦大法学院所拥有的海纳百川的气魄与心存千智的人文品格。

古人云:长风破浪会有时,直挂云帆济沧海。告别了沉重的历史,迎来了灿烂的今朝。自1979年厦门大学复办法学专业以来,经过两代法律人二十余年的奋斗,法学院有了长足的进步,特别是进入二十一世纪后,厦大法学院得到飞速发展。秉承“自强不息,止于至善”的校训,坚持以“学术建院、民主治院”为宗旨,法学院在创造民主和谐的工作氛围的同时,更致力于提高科研水平,提升学术品位。厦门大学法学学术文库的建立就是一个良好开端和鲜明的例证。她的问世,不仅是献给法学院八十诞辰的贺礼,更意味着“海阔凭鱼跃,天高任鸟飞”;虽不足回报八十年中为法学院的今天做出卓越贡献的前辈,却能激励为法学院的未来努力开创的新人!

八十华诞,对于自然人来说意味着饱经沧桑,已近暮年,但对于法学院而言,则彰显出丰富的历史和深厚的底蕴,而法学文库的诞生犹如新生的婴儿,代表着新的起点,预示着新的希望。浏览首批出版的学术论著,既有青年教师的锐利创新,又有年长学者的沉稳深邃;既有对于某一学科前沿问题的瞻望,又有对古老法律思想的深刻挖掘;既有对历史线索的回顾与梳理,又有对当今世界范围内重大法律问题的思考与回应。

或许,这套学术论著看起来还有些单薄和稚嫩,可因为每位作者都怀着真诚与谦逊,宽容与执着,倾注心血而著,故而,值得读者们去阅读和品味;或许这套论著称不上是“流诸笔端的天籁”,更难为“无以伦比的杰作”,但我们相信她能够给读者一个清新的感受,学术的交流,思想的碰撞……

我们期待着日益接受大海的熏陶和阳光普照的厦大法律人不断地推出优秀的法学著作,让厦大法学学术文库成为集中、及时展现法学院教师的具有创新性、思辨性、建设性研究成果的学术窗口。

我们期待着学术文库不懈努力追求超越与成功,而非简单的重复与成名。欲求成名相对容易,只要运用现代传播工具,即能声名远播,饮誉一时;而欲求成功,则另当别论,需要卓越的天赋以及孜孜不倦的刻苦追求。

我们期待着厦大法律人在灿烂的朝阳前,绚丽的黄昏中,碧蓝的海水边和细致的沙滩上,还有火红的凤凰花树下,不断激发灵感,永葆创作激情,让大海和阳光见证厦大法学学术文库永远充满希望、富有朝气!

衷心祝福您,蒸蒸日上的厦门大学法学院!

诚挚感谢您,鼎立推助文库面世的法律出版社!

也特别祝福您,明知道我们并不完美,但依然给予厦大法学学术文库鼓励和关注的读者们!

厦门大学法学学术文库编委会

2006年8月18日

目 录

导论 / 1

第一章 资源权创设的基点 / 5

第一节 自然资源利用权利建构的传统思路之 梳理 / 5

一、自然资源使用权：中国法学的范式 / 6

二、准物权：成长中的理论 / 14

三、自然资源占用权：雏形的构想 / 20

第二节 对自然资源利用权利建构的传统思路 之检讨 / 24

一、权利建构逻辑的矛盾 / 24

二、权利性质的背离 / 29

三、权利理念的虚无 / 38

四、名称内涵的模糊 / 44

五、权利救济的困境和法定权利的缺位 / 48

六、权利立法的时代局限 / 49

第二章 资源权的法哲学基础 / 52

第一节 资源权的哲学基础 / 52

一、人类中心主义下的资源权样态 / 53

二、生态中心主义下的资源权样态 / 57

三、资源权的应有自然哲学观:资源权样态的厘定 / 62

第二节 资源权的法理学基础 / 68

一、资源权的法理学基础:法律上的人 / 68

二、法律上的人之构造:动物人、社会人和幸福人 / 71

三、对动物人的规制:以自然资源为中心 / 75

四、对社会人的规制:以自然资源为中心 / 80

五、对幸福人的规制:以自然资源为中心 / 84

第三章 资源权的概念分析 / 86

第一节 资源权的定义 / 86

一、资源权的内涵 / 86

二、资源权的功能 / 89

第二节 资源权的主体 / 92

一、资源权主体的身份性 / 92

二、资源权主体身份性的成因 / 94

第三节 资源权的客体 / 95

一、资源内涵之厘定 / 95

二、环境资源法视野下自然资源的内涵 / 96

三、环境资源法视野下自然资源的品性 / 100

第四节 资源权的内容 / 106

一、资源权的类型 / 106

二、资源权的内容 / 107

第四章 资源权的堆迭、性质与体系 / 108

第一节 资源权的堆迭 / 108

一、资源权堆迭的内涵与成因 / 108

二、自然性资源权的内涵 / 111

三、人为性资源权的内涵 / 114

四、自然性资源权和人为性资源权的证成 / 121

五、资源权堆迭的基本规则 / 129

第二节 资源权的性质 / 132

一、私权说 / 133

二、公权说 / 134

三、协同型权利说 / 135

第三节 资源权的体系 / 147

一、水权 / 148

二、渔业权 / 156

三、矿业权 / 160

四、狩猎权 / 162

五、林业权 / 165

六、排污权 / 168

第五章 资源权下国家所有的本质 / 172

第一节 自然资源国家所有的比较法考察 / 172

一、我国的自然资源归属立法：一切自然资源 专属国家和集体 / 172

二、自然资源归属立法的比较法考察 / 174

第二节 自然资源国家所有权的非私权性 / 181

一、自然资源国家所有权的私权观 / 181

二、自然资源国家所有权为私权之质疑 / 183

第三节 自然资源国家所有权的本质 / 202

一、自然资源国家所有权的本质纷争 / 202

二、储存性自然资源上的国家所有权：主权 / 204

三、流动性自然资源上的国家所有权：准主权 / 207

结论 / 210

参考文献 / 212

后记 / 231

导 论

法学研究的使命是回答现实提出的问题,这诚如日本著名法学家美浓部达吉所言:“法律学不是论理的规范的学问,却是以阐明现存于社会、为社会人人实践的规律之国法的内容为事的,”“若置实际的必要于度外,只求为论理的满足而构成的观念,是不能以法律学上的观念而有存在的价值的。”^①这亦如日本另一著名法学家我妻荣的论断:“不伴随探究实现应有理想的法律学是盲目的,不伴随实际探究法律中心的法律学是空虚的,不伴随法律构成的法律学是无力的。”^②究其原因,源于“法律学是诸多社会学科中与人类社会生活最切近的一环”。^③对资源权的研究正是出于这一使命的

① [日]美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,周旋校,中国政法大学出版社2003年版,第18页。

② [日]我妻荣:“关于私法方法论的考察”,载《法学协会杂志》1926年第44卷第10号,转引自段匡:《日本的民法解释学》,复旦大学出版社2005年版,第34页。

③ 李岱:《法学绪论》,中华书局1966年版,“自序”。

考量。

自人类进入现代社会以来,随着文明的进步和人权的张扬,权利成了法律的中心,“主观的权利”等同于了“客观的法”,以前从没有建立过权利的客体上也“生长”出了各式各样的权利。水权、渔业权、矿业权、林业权、狩猎权、排污权、阳光权等新型权利在“走向权利的时代”里迅速成长,但传统法律对这些新型权利的上位概念却一直付之阙如,由此激发了富有思辨和创造爱好的法学研究者们对这类权利进行命名和体系化的巨大热情。在私法“帝国主义”的盛年,它们被冠上了“准物权”的美名,栖身于私法的国度,可谓委曲求全。随着私法“帝国主义”的日薄西山,公法逐渐高扬,这些权利得以从私权的“枷锁”上解放,但又被套上了公权的“镣铐”,水权、渔业权、矿业权、林业权、狩猎权、排污权、阳光权等新型权利成了行政法的“新生儿”,名字换成了“公物使用权”。^①

但随着法学理论的发展与司法实践的检验,睿智的法律人们终于发现无论是用“准物权”还是用“公物使用权”来概括这些新型权利都有些“不三不四”的味道,^②因此,重新对这些权利进行定性归位的潮流又开始高涨,私法始终没有放弃对这些新兴权利属地的占领欲求,“附属物权”、^③“物权取得权”^④、“特许物权”^⑤等理论随之出笼,但与此同时,已经成年的公法在私法新一轮的咄咄“霸权”前丝毫没有退缩,“特许权”、“公法物权”等理论竞相登台,双方都想说服对方。但结果是让人一片迷茫:私法的专著毫无顾忌地说这些权利是私权的一分子,而公法的论者则信誓旦旦地说它们是公权大家庭中的一员。因此,直到21世纪的今

① 黄异:《行政法总论》,三民书局2004年版,第265页。

② 孟勤国:“有思想无行动——评物权法草案的用益物权”,载《法学评论》2006年第1期。

③ 孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社1997年版,第35页。

④ 张龙文:《民法物权实务研究》,汉林出版社1977年版,第106页。

⑤ 林柏璋:“台湾水权及其法律性质之探讨”,载水利部政策法规司编:《水权与水市场》(资料选编之二),2001年12月,第220页;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413页;梅夏英:“特许物权的性质及立法模式选择”,载《人大法律评论》2001年第2期,第71~76页。

天,水权、渔业权、矿业权、林业权、狩猎权、排污权、阳光权等这些权利的“新生儿”们仍在法学的世界里继续流浪。

中国的情况虽有不同,但也不容乐观。自改革开放以来,特别是随着建立社会主义市场经济这一目标确立以来,规制公有制下的自然资源利用问题成为理论和立法的一大要务。在对自然资源利用的整体式权利建构上,自然资源使用权理论最先粉墨登场,并在1986年为我国的民事基本法——《民法通则》所采纳,在2007年得到了《物权法》的进一步肯定,成为实证的制度和范式的理论。

自然资源使用权这一理论构想和制度实践经过我国改革开放30多年的检验,其所存在的各种理论问题和大量实践困境也渐次“浮出水面”,同时,伴随着《中国民法典》的编撰和《物权法》的制定,中国学界掀起了对这些新兴权利进行命名的浪潮,自创的自创,引进的引进,这些权利又一次成了时代的焦点和学界的宠儿,“准物权”、①“自然资源占用权”、②“资源利用权”、③“环境物权”、④“绿色物权”、⑤“自然资源物权”⑥等概念先后闪亮登场。但在这场浩大的运动中,公法几乎失去了声音,更令人遗憾的是环境资源法鲜有表达其体系性的主张和展示其应

① 崔建远:“准物权的理论问题”,载《中国法学》2003年第3期;崔建远:《准物权研究》,法律出版社2003年版。

② 孟勤国:《物权二元结构论》,人民法院出版社2002年版,第221页;王全刚:《资源占用权研究》,武汉大学民商法2004年版博士论文;孟勤国:“物权法草案建议稿”,载《法学评论》2002年第5期。

③ 高富平:《中国物权法:制度设计和创新》,中国人民大学出版社2005年版,第286页;张洪波:“自然资源利用权对民法物权理论的新发展”,载《烟台大学学报》(哲学社会科学版)2004年第2期。

④ 金海统:“环境物权制度”,载吕忠梅主编:《环境法原论》,复旦大学出版社2007年版,第357~384页。

⑤ 吕忠梅、金海统、高利红、余耀军、宁红利:“‘绿色’物权的法定化——物权立法的‘绿色’理性选择”,载《法学》2004年第12期。

⑥ 张璐:“论自然资源物权”,载 <http://www.rieli.whu.edu.cn/show.asp?ID=624>,2007年3月2日访问;黄锡生、梁伟:“自然资源物权法律关系理论探析”,载《西南政法大学学报》2007年第6期。

有的力量。因此,这些新兴的权利在中国似乎又回到了私法的起点,回到了这些权利成长的“童年”。

环境资源法应该对这些权利究竟是什么做出回答,而不应让这些与人的生存唇齿相依、与社会的发展晴雨相连的权利继续在法律的世界里“流浪”。对于资源权的研究,就是出于这一美丽的夙愿。

自然资源利用的权利建构是一个既富有魅力同时又具有挑战性的课题,它涉及这样一个意义深远的问题——法律如何保障人以生命体的形式存在,同时又给予其在得以生存的前提下一个追求幸福生活的激励。自然资源无论是对于作为个体的单个自然人还是对于作为整体的人类,其贵为生命之源的重要性已无法言喻,即使在 21 世纪这个科学技术一日千里的“基因”时代,自然资源仍然是我们个体生存的基础和人类发展的源泉,仍然是人类社会的头等大事。自然资源的这一特性使得旨在规制自然资源利用的权利建构成为一个相当复杂的问题;它不仅涉及公法的内容,而且还与私法的制度密切相关;它不但属于国内法的内容,同时也是构成国际法的一分子。因此,在对自然资源利用的权利建构的研究上,笔者采取了整体式的思路。在国内调研和国外比较的基础上,超越体制和立法,以公、私法结合的理论进路来考察自然资源利用的权利建构问题,努力实现“当为”和“实存”之间的调和,科学揭示自然资源利用的法秩序,为理论和立法寻求新的突破口,对新的立法及既有法律的修订提出可操作的具体方案。

基于以上考虑,作者提出了资源权(the right to the natural resource)这一新的概念,并围绕资源权的建构展开具体的研究。本专著主要分成以下五个部分:第一,对我国自然资源利用的权利建构的相关理论与实践进行了体系的检讨,指明其问题之所在,为建构资源权确立基点。第二,阐述资源权的哲学基础和法理维度,论证资源权的合理性与合法性。第三,界定资源权的内涵与外延,使得资源权的概念、主体、客体、内容得以明晰。第四,确立资源权堆迭的规则和资源权的性质、体系。第五,明确资源权下自然资源国家所有的本质,呼应整个资源权制度的建构。

第一章 资源权创设的基点

第一节 自然资源利用权利建构 的传统思路之梳理

在对自然资源利用的权利建构上,从比较法的角度审视,无论是大陆法世界还是英美法国度抑或其他地区,都有着相异的立场和不同的做法。可以说,在对自然资源利用的权利建构上,整个理论与实践还处于“童年”。^①这一问题在实行公有制的当下中国,显得更为复杂。我国学界在借鉴其他国家理论与实践的基础上,形成了自然资源使用权、准物权、资源占用权、特许物权、无形财产权等自然资源利用的权利建构思路。由于特许物权、无形财产权等理论在内容上与自然资源使用权、准物权、资源占用权并不存在本质上的区别,且未形成较为完整的理论体系和获得必要的认同,因此,本

^① Jame Rasband, Jame Salzman, Mark Squillace, *Natural Resources Law and Policy*, Foundation Press, 2004, p. 69.

章对传统思路的介绍,主要围绕自然资源使用权、准物权和自然资源占用权而展开。

一、自然资源使用权:中国法学的范式

(一)自然资源使用权的理论梳理

1. 自然资源使用权的概念

自然资源使用权,又称“自然资源的使用经营权”、①“财产使用权”、②“资源利用权”、③“自然资源利用权”,④对于其内涵,通说认为有广狭义之分。广义的自然资源使用权是指:“全民所有制单位、集体所有制单位、其他组织和个人依照法律规定,对国家或集体所有的土地、森林、草原以及国家专有的矿藏、水流等自然资源进行占有、使用、收益的权利。”⑤而狭义的自然资源使用权,即国有自然资源使用权,是指对国家所有的自然资源依法进行占有、使用和收益的权利。⑥

自然资源使用权广狭义之争的焦点在于通过承包经营而获得使用的国家或集体所有的自然资源能否纳入自然资源使用权的调整范围。民法学界的主流观点对此多加以肯定,原因是认为承包经营只是自然资源使用权取得的方式而非权利本身。⑦因此,民法通说上的自然资源使用权从本质上而言是包括承包经营权在内的广义上的自然资源使用权,其内涵十分广泛,一切形式对自然资源展开的利用均属于其规制的范畴。

2. 自然资源使用权的特质

一般而言,民法主流理论认为自然资源使用权具有以下几个方面的

① 江平、张佩霖编著:《民法教程》,中国政法大学出版社1992年版,第167页;王利明主编:《民法》,中国人民大学出版社2000年版,第211页。

② 李由义主编:《民法学》,北京大学出版社1988年版,第258页。

③ 高富平:《土地使用权和用益物权》,法律出版社2001年版,第483页;关涛:《我国不动产法律问题专论》,人民法院出版社1999年版,第481页。

④ 张洪波:“自然资源利用权对民法物权理论的新发展”,载《烟台大学学报》(哲学社会科学版)2004年第2期。

⑤ 彭万林主编:《民法学》,中国政法大学出版社1997年版,第347页。

⑥ 唐德华主编:《民法教程》,法律出版社1995年版,第184页。

⑦ 江平主编:《民法学》,中国政法大学出版社2000年版,第401页。