

●●● 昆明理工大学法学文库

协商与共赢： 自然资源利用集体行动中的 财产权研究

——○ 罗 薇 / 著

XIESHANG YU GONGYING:
ZIRAN ZIYUAN LIYONG JITI XINGDONGZHONG DE
CAICHANQUAN YANJIU



中国政法大学出版社

◎本书受到云南省哲学社会科学学术著作出版专项经费资助◎

◎中达环境法优秀学位论文奖资助◎

· 昆明理工大学法学文库 ·

协商与共赢： 自然资源利用集体行动中的 财产权研究

罗 薇 / 著



中国政法大学出版社

2014 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目 (C I P) 数据

协商与共赢: 自然资源利用集体行动中的财产权研究/罗薇著. —北京: 中国政法大学出版社, 2014. 8

ISBN 978-7-5620-5451-1

I. ①协… II. ①罗… III. ①自然资源—资源利用—财产权—研究—中国 IV. ①F124.6②D923.24

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第113939号

- 出版者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路25号
- 邮寄地址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908285(总编室) 58908433(编辑部) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 880mm×1230mm 1/32
- 印 张 9
- 字 数 245千字
- 版 次 2014年8月第1版
- 印 次 2014年8月第1次印刷
- 印 数 1~1200册
- 定 价 26.00元

昆明理工大学法学文库、法学译丛总序

改革开放以来,中国经济实现了腾飞,中国社会正经历着一场史无前例的大变革,中国法律与法学研究也随之发生了沧海桑田般的变化。经过30多年的努力,中国社会主义法律体系已基本建成。中国法律的发展完善与法学研究者的努力密不可分,是他们的执着,使法律从野蛮走向文明;是他们的坚毅,使恣意的权力受到束缚;是他们刻苦的钻研,使法律从粗疏转向细腻;是他们的批判与检讨,使法律走出了误区,趋向理性。

自20世纪80年代开始,中国法学教育和研究机构如雨后春笋般在神州大地生根发芽,现已有650多所高校设置了法学教育和研究机构。另外,各级法学会、各级人大、各地社会科学院等机构也设置了无数专门的法学研究机构。法学研究正呈现出欣欣向荣、五彩缤纷、百家争鸣之势。“好雨知时节,当春乃发生。随风潜入夜,润物细无声。”唤醒神州大地的春雨也滋润了地处西南边陲的昆明理工大学。昆明理工大学于1994年开始设置法学专业,并于1997年成立了法学院。昆明理工大学法学院依托昆明理工大学的学科优势,着重发展刑法学、环境与资源保护法学、质量法学等优势学科,同时又不断地充实、提升其他学科。2010年秋季,学院正式成为一级学科硕士学位授权单位,下设环境与资源保护法、刑法、民商法、经济法、国际法、理论

法、宪法行政法学、质量法学（设于质量研究院）等八个硕士点。2014年，法学院又获得法律硕士学位授予权。此外，学院还可以招收挂靠在环境工程学院、国土资源学院的环境规划与管理、矿产资源保护与法治两个专业的博士研究生。2012年6月，学校与云南省人大法制委、省人大常委会法工委合作建立了全国高校第一个实体性质的地方立法研究院。

学院的快速发展得益于长期坚持的人才强院战略。法学院高度重视师资队伍的培养和优化，经过不懈的努力，逐步形成了云南省内一流的教师队伍和学历、职称、年龄结构合理的学术梯队。截至2014年1月，全院有教职工78人，其中专任教师68人，教授11人，副教授27人，博士生导师3人（兼职博导1人），具有博士学位的教师40人，另有8人在读博士，专任教师的博士率达到70%（含在读博士）。教师队伍阵容强大、治学严谨，部分教师还在中国法学会、中国环境学会、中国行为法学会、中国环境法学研究会、中国刑法学研究会、中国刑事诉讼法学研究会、中国犯罪学研究会、中国警察法学研究会、中国法学教育研究会等学术团体中担任副会长、理事等职务。在众多来自国内外名校优秀青年才俊的努力下，近年来法学院的科研成果节节攀升，在《中国法学》、《法商研究》、《法律科学》、《法学家》、《现代法学》、《环境法律评论》等刊物上发表论文600余篇，出版了专著、教材70余部，主持各类研究课题150多项。

昆明理工大学法学院有一大批来自国内名校的青年学者，他们年富力强、精力充沛，且富于创新、勤于思考。为了形成团队合力，实现强强联合，产出更多高水平的研究成果，法学院根据教师的特长成立了七个研究中心。例如，本院有27%的专职教师具有留学背景，他们专注于外国法学研究和比较法学研究，法学院结合教师的专长和云南“桥头堡”建设的实际，设立了“国际法与东南亚研究中心”。优秀的研究工作者和良好的科研平台，必将会产出一大批相关研究成果。为了进一步繁荣法学研究，帮助学院教师顺利出版相关研究成果，法学院与中国政法大学出版社经过研究协商，决定结合昆明理工大学法

学院的学术优势和中国政法大学出版社的出版力量，出版“昆明理工大学法学文库”和“昆明理工大学法学译丛”两套丛书。“昆明理工大学法学文库”主要出版昆明理工大学法学院教师的理论研究成果。该套丛书强调理论创新，突出可读性和实用性，力求实现“紧跟理论前沿，服务法治实践”的目标。“昆明理工大学法学译丛”主要翻译出版国外有代表性的法典和国外前沿性的理论研究成果，特别是翻译出版东南亚国家的法典，以便促进中国与东南亚国家的合作。

我们期望并相信，在昆明理工大学法学院青年才俊和中国政法大学出版社的共同努力下，一批较高质量的著作将会陆续面世。

曾粤兴*

2014年4月15日

* 法学博士、博士后，昆明理工大学法学院院长暨云南省地方立法研究院院长、教授。

序

自然资源利用集体行动是有关协商民主（商谈民主或审议民主）机制应用于环境保护的探索。协商民主是欧美国家在 20 世纪后期才形成的一种新型民主形式，在中国却得到迅速的关注与认可。事实上，比起罗尔斯、哈贝马斯等协商民主学说的代表作，《论联合政府》可以说是现代协商民主的启蒙。该文有关中国政治制度设计以及新中国成立后建立起来的政治协商制度都可以找到协商民主的痕迹。

新制度有个准入问题，切入点至关重要。事实上，一种好的制度首先要能够解决现实的利益问题，即给人们带来实惠，才能被人们所普遍认可和接受。以联合国为例，协商民主的最大成功在于可持续发展，这是联合国有史以来在经济发展方向的重大问题上第一次取得基本共识，使“合作原则”从环境保护扩展到一切重要国际事务。再以美国为例，法律经济学成为美国最受欢迎的法学课程，传统公平正义的法律原则引入了经济学的原理，而二者成功的联结正是利益多元化和协商机制。在我看来，协商民主的成功更在于根植经济与社会，毕竟经济基础是决定性的，所谓法治不过是水到渠成的事。

中国的环境保护强调行政主导，宪法规定环境保护是国家的职能，社会主义法律体系七块论也把环境法归入行政法之列，大陆法系许多国家和地区环境法理论界也热衷于把环境法解释为行政法本体构造。

环境法属性的这种历史性选择，究其原因在于环境保护与市场经济规律的对立性，即所谓环境不经济性，既然经济规律及其相关的法律不能有效地调整，人们自然祈灵于强制性的行政控制，类似卢梭在《社会契约论》中所说的让渡自己的权利与自由，以获得必要的安全。如果这个逻辑成立的话，环境保护行政主导还应当有下文，这就是契约，即协商机制。当然，中国环境保护协商机制一直都存在，旧的有“环境保护与经济社会发展相协调”、“环境统一监管与部门分工相结合”、“环境综合治理”，新的有“生态补偿”、“联动机制”、“五个融入”、“全面协调”等，但公民主体的欠缺使之与协商民主还有根本的差距。此外，我国《物权法》自颁布以来，私主体利用自然资源的制度设计受到空前的重视，按照王利明教授的观点，所谓自然资源物权就是行政特许加合同。再者，因为自然资源物权涉及全体人民包括后代人的利益，如果没有充分的协商民主，这种自然资源物权必然是灾难性的。在我国，与之伴生的问题是公众对环境问题的表达有明显的非法制趋势，例如近年来因环境问题出现的一些公众暴力抗法事件。我国当前环境保护包括自然资源利用的领域，公众参与的欠缺已成为制度失灵的原因。

环境保护协商民主机制和自然资源利用集体行动在中国虽然是新事物，但已显示出充分的价值和美好的前景。我在带领学生们参与一些环境保护国际合作项目和学术活动时对此有真实的感受，例如在联合国亚洲开发银行和 IUCN 与中国合作的《中国干旱半干旱地区土地退化防治能力建设》项目中，专家组提出的生态系统管理十二项原则就充分体现了协商民主的功能，特别是第一项原则：“确定土地、水及其他生命资源管理目标属于一种社会选择。”其原理是：“不同社会部门对生态系统的看法都是出于其自身经济，文化和社会的需要。原住居民和当地社区是非常重要的利益相关者，他们的权利和利益必须得到认可。文化和生物多样性是生态系统方式的核心构成要素，因而应纳入管理的范畴。对社会选择的表述应该尽可能清晰。生态系统的管理应在公平合理的基础上进行，为生态系统的内在价值及其提供给人

类的有形或无形的惠益服务。”这个合作项目在中国取得成功。2011年第一届世界梯田大会对云南哈尼梯田保护中集体行动也给予了积极的评价，我与本书作者和李希昆教授共同提交了论文。

本书是罗薇在她的博士论文的基础上修改而成的，罗薇在书中提出自然资源利用集体行动，是由相互依赖的资源使用者通过民主协商，制定符合使用者利益和防止“公地悲剧”的资源使用、管理的规则，并在集体内得到监督执行，是资源使用者集体自主治理自然资源的模式。此种自然资源的利用模式，是自然资源利用的“市场”模式与“管制”模式之外另一种可能的模式选择。本书以财产权为分析自然资源利用集体行动的切入点，在夯实其财产权设置的正当性和有效性的基础上，区分并分析理想类型意义上的三种自然资源利用集体行动中的财产权构造，即区分并分析了“传统压力型”、“现代主动型”和“后现代政府间”自然资源利用集体行动中的财产权，并提出中国语境下合理配置集体行动中的财产权的路径选择。文中还独创性地提出了一些观点，例如将协商民主理论和物尽其用与永续利用的原则作为自然资源利用集体行动中的财产权的正当性和有效性的理论基础，并将这两种理论作为贯穿全文的两条线索，落实在对不同类型的自然资源利用集体行动中的财产权的分析建构中；认为我国自然资源的集体所有权的本质是所有权的分割所有，即由集体享有以管理权、处分权为内容的所有权，而集体成员享有以占有、使用、收益权为内容的所有权。并在此基础上分析了建立在自然资源分割所有基础上的集体行动财产权的性质和内容；在分析国家政府间温室气体减排的集体行动时，分析了团体碳排放权的性质，认为团体碳排放权并非是一种物权，而是基于政府的行政许可而产生的利益，此种利益经法律规定可以进行交易。虽然文中对这些创新观点的论证还不能达到炉火纯青的水平，有些论证还稍显稚嫩。但这种敢于探索、独立思考的学术研究态度是值得肯定的。

中共十八大提出“健全社会主义协商民主制度”以来，中国学术界对此的关注更多的是政治层面，而在“知行合一”意义上的研究，

罗薇当属先行者之一，作为她的老师，我为此而欣慰。对于这个新事物，我亦秉烛而学，师生教学相长，不亦乐乎，是为序。

周珂

2014年3月28日，于惟矣草堂

摘要

自然资源利用集体行动，是由相互依赖的资源使用者通过民主协商，制定符合使用者利益和防止“公地悲剧”的资源使用、管理的规则，并在集体内得到监督执行，是资源使用者集体自主治理自然资源的模式。此种自然资源的利用模式，采取由资源使用者集体协商制定并执行规则的路径，力图兼顾多方利益，寻找可能的公正有效解决“公地悲剧”的制度安排，克服“市场的失灵”和“政府的失灵”，是自然资源利用的“市场”模式与“管制”模式之外另一种可能的模式选择。本文旨在分析研究不同种类的自然资源利用集体行动中的财产权构造，并提出中国语境下合理配置集体行动中的财产权的路径选择，在保障资源使用者利益的同时，确保对自然资源的永续利用。

本文共分为七个部分，第一部分是导言，揭示了本书的研究背景及寻求解决的三个问题：即自然资源利用集体行动能否成为与行政管制、市场机制相补充的自然资源利用的模式？如果能，那么自然资源利用集体行动及其财产权的时代适应性是什么？如果其有时代适应性，那么如何秉持协调、公正、有效、可持续的理念进行财产权制度构造？导言部分还论证本书研究的理论与实践意义，并提出本书阐释性的研究方法，梳理本书分析论证的框架与思路，总结本书在研究对象、研

究框架和研究观点中可能的创新与不足。

第一章探讨了重要概念和财产权基本框架，明确了自然资源利用集体行动的内涵、分类，明晰了自然资源利用集体行动中财产权的内涵及与相关概念的区别，梳理了大陆法系和英美法系不同的财产权理论框架。在理想类型的意义上，按照自然资源利用集体行动的发展脉络和特征，将其分为“传统压力型”、“现代主动型”以及“后现代政府间”三种自然资源利用集体行动。“传统压力型”自然资源利用集体行动是指囿于自然资源条件、生产力水平，在“合作共存”理念下，资源使用者通过民主协商的方式确定并在集体内执行资源使用、管理协议而形成的集体行动；“现代主动型”自然资源利用集体行动是指在现代社会，资源使用者出于防止“反公地悲剧”的出现、形成资源使用的规模效应、降低资源使用的成本或提高抗风险能力等原因，在“合作共赢”的理念下，资源使用者民主协商确定并在集体内执行资源使用、管理规则而形成的集体行动；“后现代政府间”自然资源利用集体行动是指为解决跨界环境自然资源问题，由各国政府或地方政府为协商主体，在“协调共进”理念下，达成具有一定执行力的资源使用、管理协议而形成的集体行动。

第二章论证了自然资源利用集体行动及其财产权设置的正当性与有效性。本章提出了集体行动及其财产权设置的正当性理论基础：商谈民主理论，即采取“内溯”的进路方式，在自然资源利用集体行动中，经由资源使用者共同民主协商确定资源使用管理规则，寻求规则“事实性”与“规范性”的统一。本章提出了自然资源利用集体行动中的有效设置财产权的理论基础：物尽其用与永续利用原则，该原则从财产法的视角演绎生态文明，是解决人与环境关系的财产法应对原则；并将这两种理论作为本文的两条主要线索，贯穿到不同类型的自然资源利用集体行动中的财产权研究中去。

第三章分析了“传统压力型”自然资源利用集体行动及其财产权的内涵，认为其财产权规范的特点是具有人身属性，对团体利益的保护重于对个体利益的保护。本章提出了在理想类型意义上，“传统压力

型”自然资源利用集体行动的财产权性质为日耳曼财产法中的“总有”制度，并以日本的人会地制度为例分析了此种类型自然资源利用集体行动财产权的具体内容。本章还对“传统压力型”自然资源利用集体行动中的财产权在现代化过程中可能出现的问题进行简要分析。

第四章分析了“现代主动型”自然资源利用集体行动及其财产权的内涵，认为其财产权规范的特点是更尊重经资源使用者民主协商产生的合意，更注重对使用者财产权益的保护，重利用轻所有。本章从外部视角和内部视角对其财产权的内容进行分析。外部视角下的自然资源利用集体行动中的财产权，是以资源所有者与集体行动的“集体”之间的财产权关系为研究视角，分别分析建立在自然资源国家所有权、集体所有权和个人所有权之上的自然资源利用集体行动中的财产权；内部视角下的自然资源利用集体行动中的财产权，是以使用者之间、使用者与集体行动的“集体”之间的财产权关系为研究视角，涵盖法人型和松散型这两种类型的自然资源利用集体行动中的财产权。

第五章分析了“后现代政府间”自然资源利用集体行动及其财产权内涵，认为其财产权规范的特点为：财产利益的实现更为多样化，财产权利义务并不绝对平等，财产规则具有一定的可执行性。本章指出了集体行动在解决跨界环境资源问题中与传统采取“软法”性质协议的不同，并将此种类型的集体行动区分为国家间自然资源利用集体行动和地方政府间自然资源利用集体行动。本章以碳排放权为例，分析了国家间自然资源利用集体行动中的财产权，又以市场手段的流域生态补偿为例，分析了地方政府间自然资源利用集体行动中的财产权。

第六章总结全文，探讨自然资源利用集体行动中的财产权配置的中国路径，认为行政管制、市场与集体行动都是自然资源利用中可能的模式选择。我国自然资源利用集体行动中的财产权配置中应尊重经协商民主产生的使用者的合意，保持财产权体系的开放性与多样性，突破财产权处置流转的困境，在财产权设置中应从重所有向重利用转变，形成财产权利之间的相互制约等方面提出建议。并且，文章结尾处简要探讨了超越自然资源利用集体行动的价值所在。

目 录

昆明理工大学法学文库、法学译丛总序	(1)
序	(1)
摘 要	(1)
导 言	(1)
第一节 研究的背景、问题、意义	(1)
一、研究的背景	(1)
二、研究的问题	(7)
三、研究的意义	(11)
第二节 研究方法 with 论证思路	(14)
一、研究方法	(14)
二、论证思路	(17)
第三节 知识创新及不足	(19)
一、创新	(19)
二、不足	(20)
第四节 理论研究综述	(21)
一、经济学及社会学对自然资源利用模式选择的研究	(21)

二、自然资源利用集体行动的实践研究	(23)
三、自然资源利用模式选择的法学研究	(24)
四、自然资源利用集体行动中的财产权研究	(25)
五、自然资源物权研究	(26)
 第一章 重要概念及财产权基本框架探析	(28)
第一节 自然资源利用集体行动	(28)
一、自然资源的内涵、分类	(28)
二、自然资源利用集体行动的内涵、分类	(35)
第二节 自然资源利用集体行动中的财产权	(39)
一、自然资源利用集体行动中的财产权作用	(39)
二、自然资源利用集体行动中的财产权特征	(42)
三、相关概念辨析	(45)
第三节 两大法系财产权理论框架	(51)
一、财产权的内涵	(51)
二、两大法系财产权理论的历史渊源	(53)
三、两大法系财产权理论的近代渊源	(57)
本章小结	(63)
 第二章 自然资源利用集体行动中财产权设置的正当性	
与有效性	(65)
第一节 财产权设置的正当性证成：商谈民主理论	(65)
一、商谈民主理论	(65)
二、财产权设置与商谈民主	(69)
三、商谈民主视野下集体行动及其财产权正当性的证成	(70)
第二节 财产权设置的有效性基础：物尽其用与永续利用	
原则	(77)

一、生态文明视野下财产权设置的有效性要求	(77)
二、物尽其用与永续利用原则内涵	(82)
三、物尽其用与永续利用原则指导下的财产权改革	
实践——以我国台湾地区用益物权修改为例	(89)
四、物尽其用与永续利用原则下的财产权配置	(92)
本章小结	(94)
第三章 “传统压力型”自然资源利用集体行动中的财产权	(96)
第一节 传统压力型自然资源利用集体行动	(96)
一、传统压力型自然资源利用集体行动的概念	(96)
二、传统压力型自然资源利用集体行动的特征	(97)
第二节 传统压力型自然资源利用集体行动中的财产权	(103)
一、传统压力型自然资源利用集体行动中财产权特征、	
性质	(103)
二、传统压力型自然资源利用集体行动中财产权的	
具体分析	(114)
第三节 传统压力型自然资源利用集体行动中财产权的	
现代化	(116)
一、尊重财产权行使习惯	(116)
二、传统知识的知识产权保护	(118)
三、对原住民自然资源财产权的保护	(121)
本章小结	(124)
第四章 “现代主动型”自然资源利用集体行动中的	
财产权	(125)
第一节 现代主动型自然资源利用集体行动中的财产权概述 ...	(125)
一、现代主动型自然资源利用集体行动的概念及特征	(125)

二、现代主动型自然资源利用集体行动中财产权特征	(130)
三、现代主动型自然资源利用集体行动中财产权分类	(132)
第二节 外部视角下的自然资源利用集体行动中的财产权	(133)
一、类型一：建立在自然资源国家所有权上的集体行 动外部财产权	(133)
二、类型二：建立在自然资源集体所有权上的集体行 动外部财产权	(144)
三、类型三：建立在自然资源个人所有权上的集体行 动外部财产权	(155)
第三节 内部视角下的自然资源利用集体行动中的财产权	(158)
一、自然资源利用集体行动的合作形式	(158)
二、法人型自然资源利用集体行动中的财产权	(159)
三、松散型自然资源利用集体行动中的财产权	(162)
本章小结	(164)

第五章 “后现代政府间”自然资源利用集体行动中的

财产权	(166)
第一节 后现代政府间自然资源利用集体行动概述	(166)
一、后现代政府间自然资源利用集体行动存在的 必要性	(166)
二、后现代政府间自然资源利用集体行动的内涵	(174)
三、后现代政府间的自然资源利用集体行动分类	(179)
第二节 国家间自然资源利用集体行动中的财产权	(180)
一、国家间自然资源利用集体行动中的财产权的特征	(180)
二、国家间自然资源利用集体行动中的财产权行使原则	(183)
三、国家间自然资源利用集体行动中的财产权—— 以碳排放权为例	(185)